Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht

Robert Dix

Der Schutz von Natura-2000-Gebieten bei Errichtung und Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen

Eine Untersuchung der Tragweite des Habitatschutzrechts auf erteilte und zu erteilende Genehmigungen von Offshore-Windparks



Universitätsverlag Göttingen

Robert Dix

Der Schutz von Natura-2000-Gebieten
bei Errichtung und Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen



erschienen als Band 7 der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht“
im Universitätsverlag Göttingen 2015

Robert Dix

Der Schutz von Natura-2000-Gebieten bei Errichtung und Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen

Eine Untersuchung der Tragweite des Habitatschutzrechts auf erteilte und zu erteilende Genehmigungen von Offshore-Windparks

Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht
Band 7



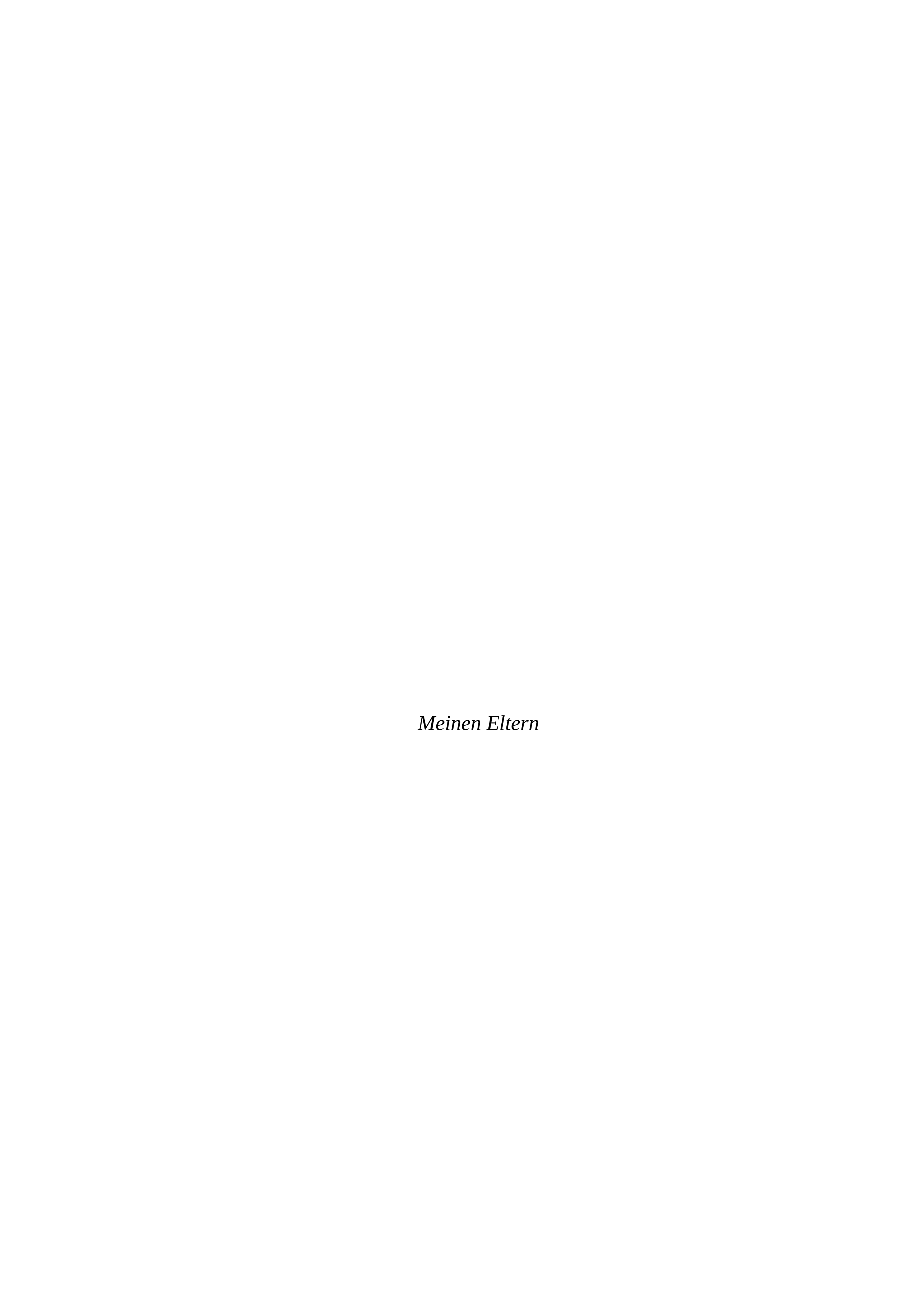
Universitätsverlag Göttingen
2015

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Satz und Layout: Robert Dix
Umschlaggestaltung: Jutta Pabst

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-191-7
ISSN: 2191-4583



Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie entstand im Wesentlichen während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn *Prof. Dr. Thomas Mann* für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht. Im Frühjahr 2014 wurde sie nochmals aktualisiert.

Zuallererst möchte ich ganz besonders meinem Doktorvater, Herrn *Prof. Dr. Thomas Mann*, danken. Er hat mir während der gesamten Zeit meiner Promotion mit wertvollen Anregungen und persönlichen Ratschlägen zur Seite gestanden. Auch danke ich ihm für die mir gewährte Freiheit, den Rahmen der Untersuchung selbst abstecken zu können und Umfang und Tiefe vollkommen frei bestimmen zu dürfen. Ebenso hat mich die lehrreiche Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl mit dem Handwerkszeug für die vorliegende Arbeit ausgestattet.

Herrn *Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll* danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitvotums.

Den Herausgebern der „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht" danke ich für die Aufnahme der Arbeit in ihre Schriftenreihe.

Weiterhin möchte ich die Gelegenheit nutzen, meiner Familie und meinen Freunden Dank zu sagen. Auf ihre Hilfe und ihren Zuspruch konnte ich mich stets verlassen. Besonders hervorzuheben sind hierbei *Cornelia Koch* und *Sabine Reiff* für ihr kritisches Korrekturlesen.

Meiner Freundin *Wiebke Alter* danke ich für ihre Geduld, ihr Verständnis und ihre große Unterstützung in vielfältigster Weise.

Mein größter Dank gilt an dieser Stelle meinen Eltern *Hannelore* und *Klaus Dix*. Sie haben mir meine Ausbildung ermöglicht und mich auf meinem bisherigen Lebensweg vorbehaltlos unterstützt und gefördert und hierdurch ganz besonders zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Ganderkesee, im Januar 2015 — Robert Dix

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl. EG Nr. C	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Ausgabe C (Mitteilungen und Bekanntmachungen)
ABl. EG Nr. L	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Ausgabe L (Rechtsvorschriften)
ABl. EU Nr. L	Amtsblatt der Europäischen Union), Ausgabe L (Rechtsvorschriften)
ABl. MV	Amtsblatt für Mecklenburg-Vorpommern
ABl. SH	Amtsblatt für Schleswig-Holstein
Abs.	Absatz, Absätze
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
AWZ	ausschließliche Wirtschaftszone
Az.	Aktenzeichen
BAnz AT	Bundesanzeiger amtlicher Teil
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BBergG	Bundesberggesetz
Begr.	Begründer
BfN	Bundesamt für Naturschutz
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchV	Bundes-Immissionsschutzverordnung
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSH	Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
BWE	Bundesverband Windenergie e.V.
BWGZ	Die Gemeinde, Zeitschrift des Gemeindetags Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.	des
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EU-Beitrittsakte 2003	Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
EWeRK	Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende/fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FFH-RL	Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen
gem.	gemäß

GEOFReE	German Offshore Field for Renewable Energy
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GMBl.	Gemeinsames Ministerialblatt
GW	Gigawatt
Helsinki-Übereinkommen	Helsinki-Übereinkommen zum Schutz der Meeresumwelt des Ostseegebiets
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
IBA	Important Bird Areas
i.E.	im Ergebnis
i.H.v.	in Höhe von
i.V.m.	in Verbindung mit
km	Kilometer
km²	Quadratkilometer
Kommission	Europäische Kommission
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
LEP M-V	Landesraumentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern
LEP S-H	Landesentwicklungsplan Schleswig-Holstein 2010
lit.	Litera
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen/Rheinland-Pfalz/Saarland
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
Losebl.	Loseblatt
LROP	Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen
m	Meter
mm	Millimeter
Mrd.	Milliarde(n)
MV	Mecklenburg-Vorpommern
MV LT-Drs.	Landtagsdrucksache Mecklenburg-Vorpommern
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NABU	Naturschutzbund Deutschland e.V.
NAGBNatSchG	Niedersächsisches Ausführungsgesetz zum Bundesnaturschutzgesetz
NBauO	Niedersächsische Bauordnung
nds.	niedersächsische(s)
Nds. GVBl.	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Nds. LT-Drs.	Landtagsdrucksache Niedersachsen

Nds. MBl.	Niedersächsisches Ministerialblatt
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NNatG	Niedersächsisches Naturschutzgesetz
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer
NROG	Niedersächsisches Gesetz über Raumordnung und Landesplanung
NuL	Natur und Landschaft
NuR	Natur und Recht
NVwVfG	Niedersächsisches Verwaltungsverfahrensgesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungsreport
NW	Nordrhein-Westfalen
NWattNPG	Gesetz über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“
NWG	Niedersächsisches Wassergesetz
OSPAR-Übereinkommen	Übereinkommen zum Schutz der Meeresumwelt des Nordostatlantiks
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rn.	Randnummer(n)
ROG	Raumordnungsgesetz
Rs.	Rechtssache(n)
S.	Seite(n); bei Rechtsnormen Satz
SeeAnlV	Seeanlagenverordnung
SeeAufgG	Seeaufgabengesetz
SH	Schleswig-Holstein
SH LT-Drs.	Landtagsdrucksache Schleswig-Holstein
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannte(n)
SRU	Sachverständigenrat für Umweltfragen
SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen
StUK	Standard-Untersuchungskonzept zu Auswirkungen von Offshore-Windenergieanlagen auf die Meeresumwelt
u.a.	unter anderem, bei Zitaten: und andere
UAbs.	Unterabsatz
UGB	Umweltgesetzbuch

UNCED	United Nations Conference on Environment and Development
UNTS	United Nations Treaty Series
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
UVP-RL	Richtlinie 85/337/EWG vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten
v.	vom
verb.	verbundene
Verh.	Verhandlungen
VG	Verwaltungsgericht
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung
VRL	Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Wahlp.	Wahlperiode
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz
WWF	Umweltstiftung WWF Deutschland (die Abkürzung WWF steht für World Wide Fund For Nature)
z.B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Einleitung

Durch die Erklärung des Jahres 2010 zum „Internationalen Jahr der biologischen Vielfalt“ durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen[1] wurde die Reichhaltigkeit des Lebens auf unserer Erde in den Fokus des allgemeinen Interesses gerückt. Die Erkenntnis eines Verlustes an biologischer Vielfalt und das Bedürfnis, diesen aufzuhalten, sind jedoch keineswegs neu und fanden spätestens seit dem 1992 auf der UNCED-Konferenz in Rio de Janeiro ausgehandelten Übereinkommen über die biologische Vielfalt[2] Eingang in das öffentliche Bewusstsein. Ist die grundsätzliche Akzeptanz der Notwendigkeit des Schutzes von Natur und Landschaft heute unbestritten, hat diese Einsicht, über den gesellschaftlichen Bereich hinaus, bereits seit Jahrzehnten die Rechtswirklichkeit erreicht.[3]

Ungeachtet besonderer Akzentuierungen kann in dieses Bestreben das bereits vor Jahrzehnten auf europäischer Ebene installierte sog. Habitatschutzrecht eingeordnet werden. Es stellt bis heute die tragende Säule der Bemühungen der Europäischen Union zur Bekämpfung des Verlustes an biologischer Vielfalt dar und ruht auf zwei Grundpfeilern: der ursprünglich als Richtlinie 79/409/EWG[4]

---

1 A/61/203 (20.12.2006): Resolution 61/203 – Internationales Jahr der biologischen Vielfalt 2010.

2 BGBl. II 1993, S. 1742.

3 Zum Überblick über die Rechtsentwicklung in Deutschland vgl. BT-Drs. 16/12274, S. 39.

4 Richtlinie 79/409/EWG des Rates v. 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. EG Nr. L 103 v. 25.4.1979, S. 1).

erlassenen sog. Vogelschutzrichtlinie, die nach verschiedenen Änderungen als Richtlinie 2009/147/EG neu kodifiziert wurde[5], und der Richtlinie 92/43/EWG[6], die als Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie[7] bezeichnet wird. Dieses unionsrechtliche Sekundärrecht sieht die Errichtung eines unionsweiten kohärenten Schutzgebietsnetzes mit dem Namen „Natura 2000" vor. Es besteht aus entsprechend den Vorgaben der beiden Richtlinien auszuweisenden Schutzgebieten, in denen besondere Schutzmechanismen anzuwenden sind.

Nach Jahrzehnten nähert sich das Natura-2000-Projekt endlich den Vorstellungen des Richtliniengebers an. Zugleich schärfen sich die Konturen der Auslegung der Richtlinien. Dennoch erschweren auch weiterhin die Nachwirkungen der lange Zeit nur zögerlich voranschreitenden Umsetzung und Anwendung der Richtlinien sowie die Tatsache, dass bisher nur ausgewählte und stets kasuistisch bedingte Einlassungen durch die Rechtsprechung vorliegen, die Verwirklichung des zugedachten Schutzes.

Sind die durch das Naturschutzrecht in dieser besonderen, über die allgemeine Eingriffsregelung der §§ 13 ff. BNatSchG[8] hinausgehenden Ausprägung hervorgerufenen einschränkenden Effekte naturgemäß ohnehin dem Verdacht ausgesetzt, einer Vielzahl an Großvorhaben entgegenzustehen und ist die Relevanz dieser Richtlinien auf größere Bauvorhaben jeder Art daher kaum zu überschätzen,[9] tritt somit eine Fülle an bislang nicht hinreichend geklärten rechtlichen Fragen hinzu. Die äußerst lebhaft und kontrovers geführte Diskussion im Schrifttum konnte diese Schwierigkeit nicht abfangen, sondern verschärfte noch die Unsicherheit. Entsprechend führen diese grundlegenden Unklarheiten über die aufgestellten Anforderungen selbst bei Behörden, Verbänden, Planern und Investoren zu erheblicher Rechtsunsicherheit und bei zahlreichen Infrastrukturvorhaben zu jahre- oder sogar jahrzehntelangen Rechtsstreitigkeiten und Verzögerungen.[10]

Zeigt sich damit, dass gegenüber der allgemeinen Anerkennung die Intensität des zu gewährenden Schutzes nicht unangefochten ist, haben einige besonders einprägsame Beispiele, in denen seltene Hamster, Käfer oder Fledermäuse umfangreiche Infrastrukturplanungen gefährdeten, zu Unmut und einer Diskussion über die Kosten des Naturschutzes und den Vorrang der Sicherung von Arbeits-

---

5 Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. EU Nr. L 20 v. 26.1.2010, S. 7); nachfolgend VRL abgekürzt.

6 Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. EG Nr. L 206 v. 22.7.1992, S. 7).

7 Im Weiteren FFH-RL genannt. Die Abkürzung FFH steht hierbei für Flora (Pflanzen), Fauna (Tiere) sowie Habitat (Lebensraum).

8 Bundesnaturschutzgesetz v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 124 und Art. 4 Abs. 100 des Gesetzes v. 7.8.2013, BGBl. I, S. 3154.

9 Siehe hierzu nur *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (275); *Schrödter,* NdsVBl. 1999, 173 (173).

10 Zum eindrucksvollen Beispiel des sog. „Hochmoselübergangs" siehe *Bickenbach,* LKRZ 2008, 246 (246 f.).

plätzen geführt.[11] Selbst im einschlägigen Schrifttum wurden zwischenzeitlich sowohl das naturschutzrechtliche Vorgehen als auch die hervorgebrachten Ergebnisse als Missstände angeprangert.[12]

Wird durch eine solche ergebnisorientierte Betrachtung eher ein Umweltschutz durch Verhinderung abträglicher Maßnahmen in den Blick genommen, stehen die erneuerbaren Energien dagegen in dem Ruf, unmittelbar einen Beitrag zu einer umweltschonenderen Energieversorgung zu leisten und unter dem Eindruck der endlichen Verfügbarkeit fossiler Brennstoffe zugleich auch der Vorsorge für eine gesicherte und bezahlbare Energieversorgung in der Zukunft zu dienen.

Politisch manifestierte sich diese Erkenntnis in der im Jahr 2002 von der Bundesregierung beschlossenen Nachhaltigkeitsstrategie „Perspektiven für Deutschland", in der das Ziel formuliert wurde, den Anteil der erneuerbaren Energien bis zum Jahr 2010 zu verdoppeln.[13] Klang hierbei die besondere Bedeutung der Windenergie bereits an, erlebte diese in den Folgejahren einen rasanten Zugewinn.[14] Spätestens mit diesem Ausbau erwies sich die Windenergienutzung an Land zunehmend als konfliktträchtig. Obwohl bei den zahllosen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land vor allem klassische immissionsschutzrechtliche Problemfelder, wie beispielsweise eine Einwirkung auf den Menschen durch die Rotorengeräusche oder den Schattenwurf als schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 BImSchG[15], im Vordergrund standen und einen umfangreichen Widerhall in Rechtsprechung und Literatur hervorriefen[16], deutete sich auch bereits die besondere Relevanz der benannten Richtlinien an.[17]

Zeitgleich wurde einem massiven Ausbau der Windenergienutzung zur See zum Erreichen der ambitionierten energiepolitischen Zielsetzungen eine zentrale Rolle zugedacht. Von politischer Seite wurde dieser Funktion zunächst in der „Strategie der Bundesregierung zur Windenergienutzung auf See" aus dem Jahr 2002 Ausdruck verliehen und die dort formulierten Absichten seitdem, ungeachtet der Zusammensetzung der Bundesregierung und unabhängig davon, welche genauen Vorstellungen über einen Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie im Einzelnen dominierten, stets aufrechterhalten.[18] Angestrebt wurde, zunächst bis zum Jahr 2030 eine Leistungskapazität von 25 GW aufzubauen.[19]

---

[11] Siehe nur den Bericht des Focus, v. 22.8.2005, Alle Räder stehen still, S. 36 f.

[12] *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (275 ff.); *ders.,* UPR 2008, 1 (1 ff.); vermittelnd *Wegener,* ZUR 2010, 227 (227 ff.).

[13] Nachhaltigkeitsstrategie „Perspektiven für Deutschland", S. 97.

[14] Veranschaulicht durch die Übersichten in *BMU,* Erneuerbare Energien in Zahlen, S. 18 ff.

[15] Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 17.5.2013 (BGBl. I, S. 1274), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 2.7.2013 (BGBl. I, S. 1943).

[16] Einzelheiten bei *Hornmann,* NVwZ 2006, 969, (672).

[17] Siehe nur OVG Lüneburg, ZfBR 2001, 208 (209 ff.); OVG Münster, ZUR 2008, 99 (99 ff.).

[18] Siehe zuletzt BT-Drs. 17/3049, S. 4.

[19] BT-Drs. 17/3049, S. 4.

Unter diesen Voraussetzungen wurde ein Bedarf von ca. 5000 Anlagen ermittelt.[20] Die Bundesregierung ordnete diesen Zielsetzungen ein Gesamtinvestitionsvolumen i.H.v. 75 Mrd. Euro zu.[21] Insofern deutete die Kostenschätzung für einen Windpark mit alleine 80 Anlagen nebst Kabelanbindung i.H.v. 1,6 Mrd. Euro[22] jedoch bereits an, dass es sich hierbei nur um eine erste Einschätzung handelte. Nachdem sich zwischenzeitlich die Einsicht durchgesetzt hat, dass die Anstrengungen zum Erreichen dieser Ziele angesichts des bisherigen Verwirklichungsstandes verschärft werden müssen[23], hat man die Ausbauziele neu festgesetzt und verfolgt nun die Installierung einer Leistungskapazität von 6,5 GW bis zum Jahr 2020 und von 15 GW bis zum Jahr 2030.[24]

Auch auf Landesebene wird der Aufbau einer umfangreichen Nutzung der Windenergie auf dem Meer befürwortet, nicht zuletzt unter dem Eindruck positiver Effekte für den Arbeitsmarkt und der wirtschaftlichen Bedeutung für die Küstenstandorte.[25] Schätzungen gehen von 25.000 Beschäftigten im Sektor Offshore-Windkraft aus, deren Zahl sich bis 2015 nochmals um 25 Prozent erhöhen soll.[26]

Kann überdies die Unterstützung von Seiten einschlägiger Verbände und der Industrie wenig überraschen[27], wird im Grundsatz auch von Seiten der Naturschutzverbände der Beitrag der Windenergienutzung zur See zu einer klimafreundlichen Energieversorgung honoriert.[28]

Die Aufmerksamkeit gegenüber aus einer Vielzahl an Windkraftanlagen bestehenden sog. Offshore-Windparks[29] blieb nicht folgenlos. Neben zahlreichen bereits vorangeschrittenen Planungen für die Errichtung von Offshore-Windparks auf einer Fläche von mehreren 100 km² mit Einzelanlagen von mitunter weit über 100 m Höhe, denen gegebenenfalls ein Investitionsvolumen von mehr als einer Mrd. Euro zugrunde liegt, sind heute die unter den Namen „Alpha Ventus", „Baltic 1", „Bard Offshore 1" und „Riffgat" firmierenden Windparks bereits in

---

20 *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2011, 1460 (1460).
21 BT-Drs. 17/3049, S. 4.
22 *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2011, 1460 (1460).
23 BT-Drs. 17/3049, S. 4 f.
24 *BMWi,* Eckpunkte für die Reform des EEG, S. 7.
25 Verh. d. niedersächsischen Landtags, 16. Wahlp., S. 7994 f.
26 *BSH,* Bilanzpressekonferenz 2011, S. 4.
27 Zur Position des BWE siehe Bundestagsausschussdrucksache 17(9)265, S. 3 f. sowie *Offshore-Forum Windenergie u.a.,* Verbesserte Rahmenbedingungen für Offshore-Windenergie, Berlin 9/2006.
28 Siehe beispielsweise *WWF,* Pressemitteilung v. 17.12.2003; *Gros,* Offshore-Windparks, S. 2.
29 Bei dem Begriff der Offshore-Windkraftanlage handelt es sich nicht um einen althergebrachten und eindeutig definierten Rechtsbegriff. Um begriffliche Unsicherheiten zu vermeiden, bietet es sich an, auf die Definition der Offshore-Anlage in § 3 Nr. 9 EEG (Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I, S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 20.12.2012, BGBl. I, S. 2730) abzustellen, nach der alle in einer Entfernung von mindestens drei Seemeilen – gemessen von der Küstenlinie aus seewärts – errichteten Windenergieanlagen erfasst sind.

Betrieb[30] – eine Entwicklung, die sich in vergleichbare Anstrengungen anderer europäischer Länder einreiht.[31]

Obwohl diese Vorhaben eine Reihe von nur schwer angreifbaren Vorzügen aufweisen, wurde in dem Strategiepapier aus dem Jahr 2002 bereits deutlich, dass insbesondere der Schutz der Meeresumwelt Konfliktpotenzial birgt.[32]

Ist aufgrund fehlender Barrieren im Meeresbereich die besondere Sensibilität der Natur ohne Weiteres einsichtig, so waren die Auswirkungen der Errichtung und des Betriebs von Windparks im Meeresbereich auf Vogelarten, Habitate und Meerestierarten aufgrund des Bedarfs an grundlegendem naturwissenschaftlichen Kenntnisgewinn[33] sowie der fehlenden Erfahrungen frühzeitig als noch nicht abschließend vorhersehbar identifiziert worden.[34]

Entsprechend kann es kaum verwundern, dass sich der im Ausgangspunkt bestehende breite gesellschaftliche Konsens, dass der Aufbau einer Windenergienutzung zur See erstrebenswert ist, im Hinblick auf die Belange des Naturschutzes verflüchtigt.

Von Seiten des BWE werden allgemein unter Berufung auf Erkenntnisse bei bereits verwirklichten Projekten durch großflächige Offshore-Windparks nur untergeordnete Auswirkungen auf den Naturhaushalt erwartet.[35]

Die Positionierungen der zuvörderst dem Naturschutz zugewandten Zusammenschlüsse sind dagegen wesentlich differenzierter. Während verschiedene Vorhaben sogar ausdrücklich auf Zustimmung von Seiten der Naturschützer stoßen,[36] wird für andere Meeresflächen wegen kumulativer Effekte auf den Naturhaushalt der Bau von Offshore-Windparks ohne Ausnahme für unzulässig gehalten.[37]

Das Beispiel des besonders in die Kritik geratenen Offshore-Windparks „Butendiek“ zeigt, dass es bei der Anmahnung einer entsprechend sensiblen Flächenwahl und schadensbegrenzender Maßnahmen z.B. zur Schallminderung[38] im Einzelfall nicht bleibt. Der bereits genehmigte Windpark soll in einem Gebiet errichtet werden, welches hinsichtlich der Nutzung des Meeres durch die Schifffahrt die Errichtung großflächiger Windparks vergleichsweise konfliktarm zulässt.[39] Kristallisationspunkt der Kritik ist jedoch ebenfalls die Lage des Vor-

---

30 Siehe, auch zum Überblick, die Angaben unter http://www.offshore-windenergie.net/windparks/im-genehmigungsverfahren (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

31 Zu Windkraftprojekten im europäischen Ausland und hiermit einhergehenden Problemen siehe: The Economist v. 4.1.2014, Rueing the waves, S. 23 (23).

32 „Strategie der Bundesregierung zur Windenergienutzung auf See“, S. 12.

33 Zu einem Überblick vgl. die Internetseite http://www.bfn.de/0314_meeres-kuesten_naturschutz.html des BfN (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

34 „Strategie der Bundesregierung zur Windenergienutzung auf See“, S. 8.

35 Siehe die Einschätzung unter http://www.wind-energie.de/infocenter/naturschutz (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

36 *Gros,* Offshore-Windparks, S. 3.

37 *Gros,* Offshore-Windparks, S. 3.

38 *NABU,* Pressemitteilung v. 23.3.2010.

39 *Knauer,* Der Spiegel 2/2005, 10.1.2005, Spargel am Horizont, S. 62 (63).

habens, das in den heutigen Schutzgebieten „Sylter Außenriff“ und „Östliche Deutsche Bucht“ geplant ist. Da dieses nach Ansicht der Naturschützer einen eklatanten Verstoß gegen die VRL und die FFH-RL darstellt[40], wurden eine Beschwerde bei der Kommission[41] und eine Klage gegen die Genehmigung angestrengt.[42]

Eine ähnliche Einschätzung der Tragweite der habitatschutzrechtlichen Maßgaben im Meeresbereich von politisch-offizieller Seite deutet sich an, wenn hinsichtlich der Versagung der Genehmigung für zwei Projekte im Bereich der Ostsee vom BMU verkündet wird, „dass die ausgewiesenen Schutzgebiete in Nord- und Ostsee grundsätzlich nicht für den Bau von Windenergieanlagen geeignet sind“[43].

Es kann daher kaum verwundern, dass bei bisher allen Genehmigungsverfahren dem Habitatschutzrecht besondere Bedeutung zukam. Auf welch verlorenem Posten indes die Genehmigungsbehörden kämpfen, zeigt die Sichtung der wissenschaftlichen Literatur einerseits, die sich den Auswirkungen des Habitatschutzrechts auf die Anlagenzulassung von Offshore-Windkraftanlagen bislang allenfalls ausschnittsweise oder in Bezug auf Einzelfallfragen gewidmet hat, sowie der fortschreitende Auslegungs- und Umsetzungsprozess andererseits, der zunächst eine tiefgreifendere Auseinandersetzung einfordert, bevor man über das Schicksal der Vorhaben ernsthaft urteilen kann.

Offenbart sich aber, dass entgegen dem ersten Anschein die Errichtung und der Betrieb von Offshore-Windparks gerade selbst geeignet sind, in Konflikt zu umweltschützenden Zielsetzungen in Gestalt der naturschutzrechtlichen Vorgaben des Habitatschutzrechts zu treten, muss man unter dem Eindruck der jüngeren Rechtsprechung des EuGH noch einen Schritt weiter gehen: Sind die angesprochenen klärungsbedürftigen Vorgaben des Habitatschutzrechts für zukünftige Genehmigungen ohne Weiteres zu beachten, wurden zuletzt selbst bestandskräftige Verwaltungsakte aus dem Blickwinkel der FFH-RL zur Disposition gestellt.[44] Daraus folgt, dass sich keines der Offshore-Windkraft-Projekte im Geltungsbereich der Richtlinien einer fehlenden Relevanz der Schutzsysteme sicher sein kann.

Muss daher den Auswirkungen auf die Genehmigungen von Vorhaben mit derart gewaltigen Dimensionen in einem zugleich besonders empfindlichen und vielfältigen Umfeld besonderes Gewicht beigemessen werden, nimmt die vorliegende Arbeit diese Herausforderung an und hat das Ziel, das für Offshore-

---

[40] Siehe näher *Knauer,* Der Spiegel 2/2005, 10.1.2005, Spargel am Horizont, S. 62 (63).

[41] Pressemitteilung des *NABU* v. 27.4.2003; zum informellen Beschwerdeverfahren näher *Ruffert,* in: Calliess/ders., EUV/AEUV, Art. 17 EUV, Rn. 9.

[42] VG Hamburg, NuR 2004, 543 (543 ff.), mangels Klagebefugnis abgewiesen; bestätigt durch OVG Hamburg, NuR 2005, 472 (472 ff.). Siehe auch die Pressemitteilung des *NABU* v. 7.5.2003.

[43] Pressemitteilung des *BMU* v. 21.12.2004, Nr. 361/04.

[44] EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 35 ff. – Stadt Papenburg.

Windkraftvorhaben relevante habitatschutzrechtliche Regime herauszuarbeiten und die Auswirkungen des Habitatschutzrechts auf Genehmigungen von Offshore-Windparks zu untersuchen.

Gang der Untersuchung

Die nachfolgenden Ausführungen sind in sieben Kapitel unterteilt.

Gegenstand des ersten Kapitels ist die Einführung in die Grundlagen habitatschutzrechtlicher Konzeptionen und die mit der Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen verbundenen Rechtsfragen unter der Berücksichtigung der Besonderheiten des Meeresbereichs und der relevanten tatsächlichen Gegebenheiten. Zugleich werden mit Rücksicht auf den zur Verfügung stehenden Rahmen notwendige Einschränkungen des Untersuchungsgegenstandes vorgenommen.

Im zweiten Kapitel wird untersucht, welche Natura-2000-Gebiete im Untersuchungsgebiet entstanden sind und unter Schutz gestellt wurden. In diese Erörterungen werden die Vorgaben des Unionsrechts und deren Niederschlag im nationalen Recht einbezogen. Erforderlich ist, neben einer zeitlichen Einordnung in Bezug auf die Offshore-Windkraftvorhaben im Untersuchungsgebiet, auch der Frage nachzugehen, inwieweit derzeit noch weitere mitgliedstaatliche Maßnahmen zu erfolgen haben oder zukünftig in Betracht kommen.

Unter Berücksichtigung der im zweiten Kapitel gewonnenen Erkenntnisse über die Festsetzungen von Schutzgebieten und deren inhaltliche Ausgestaltung widmet sich das dritte Kapitel den Maßgaben des Habitatschutzrechts, die bei zukünftigen Genehmigungen von Offshore-Windkraftanlagen zu beachten sind, wobei der Handhabung des auf Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG zurückzuführenden Schutzreglements besonderes Augenmerk geschenkt wird. Neben den hierbei herauszuarbeitenden abstrakten Anforderungen

werden auch Fragen der praktischen Handhabung behandelt. Schließlich wird der Möglichkeit einer Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG ein weiterer Schwerpunkt gewidmet.

Obwohl die Diskussion diesbezüglich noch am Anfang steht, wird sich unter Auswertung einschlägiger Einlassungen des EuGH im vierten Kapitel der Frage zugewandt, inwieweit das Habitatschutzrecht auch auf bereits erteilte Genehmigungen für Offshore-Windkraftanlagen Wirkungen zeitigt. Hierbei werden vor dem Hintergrund der Regelungen in Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 FFH-RL die Pflichten in den in Betracht zu ziehenden Konstellationen ermittelt.

Das sich anschließende fünfte Kapitel knüpft hieran an und erörtert die Instrumente, die das nationale Recht zur Umsetzung der im vorstehenden Kapitel herausgearbeiteten Pflichten bereithält.

Nach einer Anwendung der Ergebnisse auf den Fall „Butendiek“ als abschließendes Beispiel im sechsten Kapitel wird im siebten Kapitel ein Ausblick gewagt.

1. Kapitel: Einführung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Der Gegenstand der Untersuchung wirft verschiedene Fragen grundsätzlicher Natur auf. Diese betreffen die Geltung und das Gefüge von Normen des Habitatschutz- und Anlagenzulassungsrechts in seewärts des Festlands gelegenen Gebieten sowie die Struktur des habitatschutzrechtlichen Pflichtenkanons selbst und dessen Umsetzung im Meeresbereich, die jeweils unter dem Eindruck des tatsächlichen Hintergrundes einzuordnen sind. Zugleich bedingt die thematische Breite eine Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes.

A. Die völkerrechtlichen Vorzeichen

Die Frage, wer die Meere für sich beanspruchen kann, wird unter dem Eindruck mitunter gegenläufiger Interessen seit jeher unterschiedlich beantwortet. Erinnert sei nur an die herausragenden Werke von Hugo Grotius[45] und John Selden[46] aus dem 17. Jahrhundert. Mit Blick auf neu hinzugetretene wirtschaftliche Interessen aufgrund des technologischen Fortschritts, wie er in der Errichtung von Windkraftanlagen im Meer sinnfältig zum Ausdruck kommt, hat diese Streitfrage

45 „De mare libero“, 1609.

46 „Mare clausum seu de dominio maris“, 1635.

in keinster Weise an Aktualität verloren. Ist daher die Darstellung der völkerrechtlichen Ausgangslage im Meeresbereich für die rechtliche Thematisierung der Genehmigung von Offshore-Windparks von grundlegender Bedeutung, resultieren zugleich aus der föderalen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland besondere Herausforderungen.

Obwohl der Grenzstreit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Niederlanden hinsichtlich des Offshore-Windparks „Riffgat", der z.T. auf einem Gebiet errichtet worden ist, das auch von den Niederlanden beansprucht wurde[47], verdeutlicht, dass die Streitfrage um Rechte und Befugnisse der Küstenstaaten im Meeresbereich keineswegs einen Abschluss gefunden hat und trotzdem eine universelle Geltung des SRÜ keineswegs erreicht ist[48], ist letztlich für europäische Meeresgebiete und die zu behandelnden Fragestellungen allein die im SRÜ[49] vorgesehene Zonierung der Meere maßgeblich.[50]

Klammert man die Hohe See als technisch zurzeit noch für die Windkraftnutzung ungeeigneten Bereich aus, kommt die Errichtung von Windenergieanlagen in zwei Zonen in Betracht: dem Küstenmeer und der AWZ.

Das Küstenmeer ist ein der Küste vorgelagerter Meeresstreifen auf den sich die Souveränität des Küstenstaates erstreckt[51] und der Bestandteil seines Staatsgebiets ist.[52] Entsprechend findet im Bereich des deutschen Küstenmeeres die gesamte Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland Anwendung. Bei der Anlagenzulassung sind also Landes- und Bundesgesetze heranzuziehen.[53] Da es kein bundesunmittelbares Gebiet gibt, ist das Küstenmeer dem Gebiet des jeweiligen Küstenbundeslandes zuzurechnen.[54]

Die durch Proklamation vom 25. November 1994[55] errichtete AWZ der Bundesrepublik Deutschland in der Nord- und Ostsee grenzt seewärts an das Küstenmeer. Der Küstenstaat besitzt in dieser Meereszone nur einzelne souveräne Rechte und Hoheitsbefugnisse.[56] Letztere umfassen gem. Art. 56 Abs. 1 lit. b) Nr. i) SRÜ auch die Errichtung künstlicher Inseln, Anlagen und Bauwerke. Die Errichtung sowie die Genehmigung und Regelung der Errichtung, des Betriebs und der Nutzung von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken steht gem. Art. 60 Abs. 1 SRÜ ausschließlich dem Küstenstaat zu.[57] Kann umgekehrt an

[47] Nds. LT-Drs. 15/4380, S. 1.
[48] Näher *Gloria,* in: Ipsen, Völkerrecht, § 51, Rn. 5 ff.
[49] Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v. 10.12.1982, BGBl. II 1994, S. 1798.
[50] Siehe weiterführend auch *Jenisch,* ZfB 1996, 108 (108 ff.); *Czybulka,* NuL 2011, 418 (418 f.).
[51] Art. 2 Abs. 1 SRÜ; näher *Stoll,* NuR 1996, 666 (667).
[52] Näher *Schweitzer,* Rn. 561.
[53] *Hübner,* ZUR 2000, 137 (139).
[54] *Erbguth/Stollmann,* DVBl. 1995, 1270 (1270).
[55] BGBl. II 1994, S. 3769.
[56] Zu den Begrifflichkeiten siehe *Gloria,* in: Ipsen, Völkerrecht, § 53, Rn. 20.
[57] Zu Einzelheiten sei auf *Jenisch,* ZfB 1996, 108 (110 ff.) und *Stoll,* NuR 1996, 666 (667 f.) verwiesen.

dieser Fläche kein Eigentum bestehen[58], so ermöglichen erst diese Befugnisse eine Ordnung der Errichtung und des Betriebs von Anlagen im Meer und damit auch von Offshore-Windkraftanlagen. Als geklärt anzusehen ist überdies, dass das SRÜ dem Küstenstaat zumindest die Befugnis einräumt, Schutzgebiete in diesem Bereich zu errichten.[59]

Da die Meereszone der AWZ zwar zum einen nicht zum Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland und der Länder gehört[60], andererseits die Bundesrepublik Deutschland jedoch durchaus über souveräne Rechte und Hoheitsbefugnisse verfügt, fällt die Verortung dieses neuartigen Rechtsraumes in der deutschen Rechtsordnung schwer. Weiterhin bedingt die Anwendung, insbesondere älterer bundesrechtlicher Regelungen, dass diese überhaupt für den Bereich der AWZ Geltung beanspruchen sollten.[61] Während nicht zuletzt verschiedene gesetzgeberische Aktivitäten jüngerer Zeit diesen Geltungsanspruch ausdrücklich formulierten und daher der Klärung zuträglich waren, ist im Übrigen festzustellen, dass die Kompetenz des Bundes für die bei der Anlagenzulassung im Bereich der AWZ zu beachtenden bundesrechtlichen Regelungen, jedenfalls im Ergebnis, weitgehende Anerkennung erfährt.[62]

Mit Blick auf den sekundärrechtlichen Hintergrund der Themensetzung ist darauf hinzuweisen, dass die EU selbst Vertragspartei des SRÜ ist[63], so dass dieses nach Art. 216 Abs. 2 AEUV[64] neben den Mitgliedstaaten auch die Organe der Union bindet.

Daneben haben sich die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Union völkerrechtlich an verschiedenen Abkommen zum Schutz der Umwelt beteiligt.[65] Unter dem Gesichtspunkt der Meeresumwelt ist vor allem auf das

58 *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2009, 748 (749).

59 *Gellermann/Stoll/Schwarz/Wolf,* Nutzungsbeschränkungen in geschützten Meeresflächen, S. 5 f.

60 *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2009, 748 (749); *Czybulka,* NuL 2011, 418 (419).

61 *Hübner,* ZUR 2000, 137 (138).

62 Hierzu näher *Ehlers,* NordÖR 2003, 385 (386 ff.); zu weiteren Schwierigkeiten siehe auch *Klinski,* Rechtliche Probleme der Zulassung von Windkraftanlagen in der „ausschließlichen Wirtschaftszone“, S. 36 ff.

63 Siehe den Beschluss 98/392/EG des Rates v. 23.3.1998 über den Abschluss des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen v. 10.12.1982 und des Übereinkommens v. 28.7.1994 zur Durchführung des Teils XI des Seerechtsübereinkommens durch die Europäische Gemeinschaft (Abl. EG Nr. L 179, S. 1) sowie zum aktuellen Stand der Vertragsparteien die unter http://treaties.un.org verfügbaren Angaben.

64 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung v. 9.5.2008 (ABl. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. EU Nr. L 112 v. 24.4.2012 S. 21.

65 Umfassend hierzu *Stoll/Mißling,* in: Gellermann/ders./Czybulka, Handbuch des Meeresnaturschutzrechts, § 2 B sowie *Stoll,* NuR 1996, 666 (670 f.).

OSPAR-Übereinbarkommen[66] sowie das Helsinki-Übereinkommen[67] hinzuweisen. Stark vereinfacht sehen diese Verträge ebenfalls die Errichtung von Schutzgebietsnetzen vor, die sich jedoch gegenüber den hier thematisierten Richtlinien der Europäischen Union auch auf naturfachlich weniger herausragende Gebiete erstrecken, aber zugleich einem niedrigeren Schutzmaßstab unterliegen.[68]

B. Geltung habitatschutzrechtlicher Richtlinien und des BNatSchG im Meeresbereich

Ergibt sich der Geltungsanspruch der VRL und der FFH-RL im Hinblick auf das zum Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten gehörende Küstenmeer aus Art. 52 Abs. 1 EUV[69] vergleichsweise zwanglos, so hat sich auch hinsichtlich der AWZ inzwischen die Erkenntnis durchgesetzt, dass der von der VRL und der FFH-RL bezweckte Schutz nicht an der Grenze des Küstenmeeres endet.[70]

Anknüpfend an vorstehende Ausführungen ist auch festzuhalten, dass die vormals strittige Frage[71] einer Geltung einschlägiger Normen des BNatSchG in der AWZ mit der Aufnahme von § 38 BNatSchG a.F. im Jahr 2002[72] durch den Gesetzgeber geklärt wurde. Nach der Neufassung des BNatSchG im Jahr 2010[73] formuliert § 56 BNatSchG einen Geltungsanspruch fast aller Vorschriften des BNatSchG im Bereich des Küstenmeeres wie auch der AWZ.

---

[66] BGBl. II 1994, S. 1355, 1360 sowie BGBl. II 2001, S. 646.

[67] BGBl. II 1994, S. 1355, 1397.

[68] Siehe umfassend hierzu *v. Nordheim/Boedeker/Packeiser/Ranft,* NuL 2011, 388 (388 ff.).

[69] Vertrag über die Europäische Union in der Fassung der Bekanntmachung v. 9.5.2008 (ABl. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 13), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. EU Nr. L 112 v. 24.4.2012 S. 21.

[70] Bestätigt durch EuGH, Urt. v. 20.10.2005, Rs. C-6/04, Slg. I-9017, Rn. 117. Siehe zum Ganzen auch *Czybulka,* NuR 2001, 19 (19 ff.).

[71] Die Anwendbarkeit des BNatSchG vor der Novellierung bejahend *Czybulka,* NuR 1999, 562 (567 ff.); verneinend *Hübner,* ZUR 2000, 137 (138). Siehe auch *Klinski,* Rechtliche Probleme der Zulassung von Windkraftanlagen in der „ausschließlichen Wirtschaftszone", S. 18 ff. m.w.N.

[72] Durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193, außer Kraft getreten am 1.3.2010 gem. Art. 27 S. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2542.

[73] Verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2542, in Kraft getreten am 1.3.2010 gem. Art. 27 S. 1 desselben Gesetzes.

C. Unionsrechtlicher Artenschutz im engeren Sinn

Ist der Schutz der biologischen Vielfalt zu einem Kernelement moderner Naturschutzanliegen geworden, wird diesem vor allem durch zwei voneinander zu unterscheidende Ansätze Sorge getragen: dem Flächenschutz und dem eigentlichen Artenschutz.[74] Während Ersterer den Schutz von Flächen aufgrund ihrer Funktion für die Artenvielfalt verfolgt, nähert sich das engere, zweitgenannte Artenschutzrechtrecht direkt über den Schutz der Tiere und Pflanzen an.[75]

Beide Vorgehensweisen haben sowohl in der VRL als auch der FFH-RL Niederschlag gefunden. Entsprechend dürfen die Art. 5 ff. VRL und Art. 12 ff. FFH-RL als Vorgaben für einen Artenschutz in einem engeren Sinn verstanden werden, während insbesondere Art. 4 VRL und Art. 3 ff. FFH-RL ein flächenbezogenes Schutzsystem verfolgen.

Eingedenk der Tatsache, dass das so verstandene Artenschutzrecht selbst von einer Vielzahl weiterer Rechtsvorschriften allein der Europäischen Union bestimmt wird[76], zeigt sich, dass eine isolierte Betrachtung der Tragweite der Regelungen der VRL und der FFH-RL unvollendet wäre und zugleich eine ganzheitliche Betrachtung im Rahmen dieser Arbeit nicht vorgenommen werden kann. Aus der sich anschließenden Darstellung werden daher artenschutzrechtliche Aspekte ausgeblendet.

D. Der unionsrechtliche Flächenschutz durch das Natura-2000-Netzwerk

Aus heutiger Sicht ist für den unionsrechtlichen Flächenschutz Art. 4 VRL grundlegende Bedeutung beizumessen, durch den die Aktivitäten der seinerzeitigen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Gebiet des Lebensraumschutzes, wenn auch eingeschränkt auf wildlebende Vogelarten, bereits frühzeitig eine bemerkenswerte Ausprägung erreichten.

Art. 4 Abs. 1 S. 1 VRL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Sicherstellung des Überlebens und der Vermehrung der in Anhang I der VRL aufgeführten Arten, besondere Schutzmaßnahmen hinsichtlich der Lebensräume zu ergreifen. Diese Regelung fordert, ungeachtet der sich anschließenden besonderen Pflichten, von den Mitgliedstaaten letztlich die Festlegung der zur Gewährleistung des Überlebens und der Vermehrung nötigen Erhaltungsmaßnahmen.[77]

[74] Zum Ganzen *Gellermann,* in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband), § 78, Rn. 3 ff.

[75] Zu den begrifflichen Überschneidungen insbesondere im BNatSchG näher *Fischer-Hüftle,* NuR 2007, 78 (84).

[76] Siehe hierzu im Einzelnen *Gellermann,* in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband), § 78, Rn. 62 ff.

[77] Ähnlich *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 12.

Von erheblicher praktischer Bedeutung erweist sich sodann die in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 und Abs. 2 VRL geregelte Pflicht, entsprechend den dort benannten Kriterien bestimmte Gebiete zu Schutzgebieten zu erklären, mit der die Art. 4 Abs. 3 VRL zu entnehmende Verpflichtung der Meldung der Gebiete an die Kommission einhergeht. Festzuhalten ist auch, dass die Verpflichtung nach Art. 4 Abs. 2 VRL losgelöst von den in Abs. 1 hergestellten Bezugsrahmen des Anhangs I besteht. Die eigentlichen Vorgaben zum Schutzstandard in diesen Vogelschutzgebieten finden sich schließlich in Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL.

Die Erkenntnis, dass sich der Erhaltungszustand natürlicher und naturnaher Lebensräume unionsweit zusehends verschlechtert, führte 1992 zur Verabschiedung der FFH-RL.[78] Wie die Integration der Vogelschutzgebiete in das Gebietsnetz Natura 2000[79] und die Regelung in Art. 7 FFH-RL zeigen, war ihr die Aufgabe zugedacht, das Lebensraumkonzept der inhaltlich auf wildlebende Vogelarten beschränkten VRL zu vervollständigen und teilweise neu auszurichten. Ausdruck dessen ist das in Erwägungsgrund 3 formulierte Hauptziel der FFH-RL der „Erhaltung der biologischen Vielfalt“ unter Berücksichtigung der „wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und regionalen Anforderungen“.

Kernelement des unionsrechtlichen Flächenschutzes[80] ist gem. Art. 3 Abs. 1 FFH-RL die Errichtung eines kohärenten europäischen ökologischen Netzes besonderer Schutzgebiete mit dem Namen „Natura 2000“, dem neben den auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 1 bis 4 FFH-RL entstehenden Gebieten auch die nach Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL ausgewiesenen Vogelschutzgebiete zugehörig sind und in dem nach Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL (gegebenenfalls i.V.m. Art. 7 FFH-RL) besondere Schutzgewährleistungen bestehen. Trotz der Aufnahme von Ansätzen der VRL und der Integration der nach diesem Sekundärrechtsakt errichteten Schutzgebiete in das gemeinsame Gebietsnetz offenbaren sich bereits bei oberflächlicher Betrachtung unterschiedliche Akzentuierungen. Insbesondere entsteht ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung im Rahmen eines in Art. 4 Abs. 1 bis 3 FFH-RL ausgestalteten Aufstellungsverfahrens, denen die Unterschutzstellung nach Art. 4 Abs. 4 FFH-RL nachgelagert ist. Auch die Schutzgewährleistungen unterscheiden sich, wie Art. 6 Abs. 4 FFH-RL verdeutlicht. Das Herzstück des Schutzregimes der FFH-RL ist eine Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL für Projekte und Pläne. Ergänzend tritt das Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu entnehmende Verbot von Verschlechterungen und Störungen in dem dort geregelten Umfang hinzu.

Wenngleich auch der Lebensraumschutz der VRL und der FFH-RL Abgrenzungen zu anderen Instrumenten des Unionsrechts erfordert und Art. 3 VRL, Art. 4 Abs. 4 S. 2 VRL sowie Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 FFH-RL weitere,

---

[78] Siehe Erwägungsgrund Nr. 4 der FFH-RL.

[79] Siehe Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 FFH-RL.

[80] Zu anderen Bausteinen siehe *Gellermann,* Natura 2000, S. 11 ff.

jedoch weniger strenge Vorgaben enthalten[81], offenbart bereits dieser Überblick unmittelbar die überragende und verantwortungsvolle Bedeutung des Natura-2000-Netzwerks und des in diesen Gebieten zu leistenden Schutzes in Bezug auf die großflächige Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windparks im barrierefreien Meeresbereich.

Angesichts dieser zentralen Bedeutung und mit Rücksicht auf den zur Verfügung stehenden Rahmen wird sich im Folgenden allein dem Lebensraumschutz des Natura-2000-Netzes zugewandt.

Zugleich zeugen die Zielsetzungen des durch die Richtlinien verfolgten Flächenschutzsystems von dem Anspruch, einen wesentlichen Beitrag zu einem effektiven Schutz des europäischen Naturerbes leisten zu wollen.[82] Dieses Leitmotiv ist bei der Interpretation der Richtlinienbestimmungen von besonderem Gewicht. Übergeordnet ist hierbei von der Einforderung eines effektiven Flächenschutzes auszugehen,[83] so dass nur unter dieser Maßgabe, bei deren Einhaltung jedoch problemlos, Anliegen Realität gewinnen dürfen. Besteht daher die Gefahr, dass im Konfliktfall andere Interessen unter Umständen zurückzutreten haben können, wie es auch für Offshore-Windparks zu thematisieren gilt, verkennt eine Position, die das Habitatschutzrecht umgekehrt als Hindernis für Investitionen angreift, diese grundsätzliche Ausrichtung.[84]

E. Die tatsächliche Ausgangslage

Die Beurteilung der Relevanz des unionsrechtlichen Flächenschutzsystems für Offshore-Windkraft-Projekte setzt eine Kenntnis der maßgeblichen tatsächlichen Gegebenheiten voraus, da andernfalls die Konfliktsituation nur unzureichend erfasst werden kann. Im Folgenden soll daher über die maßgeblichen Vorzeichen ein Überblick gegeben werden.

I. Offshore-Windenergievorhaben im deutschen Küstenmeer sowie der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone und deren Ausmaße

Räumlich und zeitlich einzuordnen sind vor dem Hintergrund der sich erst schrittweise abzeichnenden Fortschritte bei der Errichtung und Verwirklichung des Natura-2000-Projekts zunächst die zahlreichen Offshore-Windkraftvorhaben,

---

81 Näher *Gellermann,* in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband), § 78, Rn. 45 f.; siehe weiterführend auch *Fisahn/Cremer,* NuR 1997, 268 (270).

82 *Günther,* EurUP 2006, 94 (94).

83 Dieser Anspruch folgt letztlich bereits aus Erwägungsgrund Nr. 3 der FFH-RL, da das Hauptziel der Richtlinie andernfalls verfehlt würde. Siehe auch *Gellermann,* Natura 2000, S. 13 f.

84 Zu diesem grundlegenden Missverständnis *Günther,* EurUP 2006, 94 (94).

deren Planung durch die neuen umwelt- und energiepolitischen Eckpfeiler angestoßen wurde.[85]

Im Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres sind zwei Offshore-Windparks vorgesehen. Aus Tourismus- und Naturschutzerwägungen werden neben diesen beiden Parks zu Erprobungszwecken keine weiteren Windkraftanlagen von der Landesregierung befürwortet.[86] Rechtlich verankert wurde diese Erkenntnis im LROP.[87] Gem. Abschnitt 4.2, Ziffer 05 S. 6 und 9 sind Anlagen zur Windenergiegewinnung nur in den beiden Eignungsgebieten „Nordergründe" und „Riffgat" zulässig.

Der Offshore-Windpark „Riffgat" liegt ca. 15 km nordwestlich der Insel Borkum und ist im Jahr 2013 fertiggestellt worden. Er umfasst 30 Anlagen und eine Fläche von ca. 6 km².[88] Die entsprechende Genehmigung nach § 4 BImSchG erteilte am 29. September 2010 das Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg.[89] Zuvor wurde zunächst am 9. März 2006 das Raumordnungsverfahren mit der landesplanerischen Feststellung abgeschlossen.[90] Am 22. Januar 2008 erging ein Vorbescheid gem. § 9 BImSchG[91], indem auch die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Habitatschutzrecht geprüft wurde.[92]

Der Windpark „Nordergründe" soll ca. 13 km nordöstlich der Insel Wangerooge auf einer Fläche von ca. 3,5 km² mit maximal 25 Anlagen errichtet werden.[93] Die landesplanerische Feststellung erfolgte am 12. Dezember 2003.[94] Am 15. November 2007 wurde ein Vorbescheid nach § 9 BImSchG erteilt[95], der

---

85 Neben den auf den Internetseiten der Betreiber bereitgehaltenen Informationen sei auf die Angaben unter http://www.offshore-windenergie.net/windparks verwiesen (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

86 Nds. LT-Drs. 15/1299, S. 2.

87 Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen in der Fassung der Neubekanntmachung v. 8.5.2008, Nds. GVBl., S. 134, zuletzt geändert durch die Verordnung zur Änderung der Verordnung über das Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen v. 24.9.2012, Nds. GVBl., S. 350.

88 Siehe auch zu weiteren Einzelheiten die Angaben unter www.riffgat.de (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

89 Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat", Az. 09-135-01.

90 Landesplanerische Feststellung zum Offshore-Windpark „Riffgat", durch die Regierungsvertretung Oldenburg v. 9.3.2006 (Az. RV OL 1.13-32346/4-2/7).

91 Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat", Az. 06-101-01.

92 Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat" v. 22.1.2008, Az. 06-101-01, S. 93 ff.

93 OVG Lüneburg, ZUR 2010, 539 (539).

94 Landesplanerische Feststellung zum Offshore-Windpark „Nordergründe", durch die Bezirksregierung Lüneburg v. 12.12.2003 (Az. 20223/9-28).

95 Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe", Az. 06-074-01.

ebenfalls die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Habitatschutzrecht enthielt.[96] Die abschließende Genehmigung nach § 4 BImSchG liegt seit dem 31. Oktober 2008 vor.[97]

Sieht man von verschiedenen Einzelanlagen und dem Testfeld „GEOFReE“[98] ab, stechen darüber hinaus in den Gewässern des deutschen Küstenmeeres vor allem zwei Vorhaben im Küstenmeer des Landes Mecklenburg-Vorpommern und eines im Küstenmeer des Landes Schleswig-Holstein, jeweils in der Ostsee, heraus.

Der im Land Mecklenburg-Vorpommern gelegene Windpark „Baltic 1“ mit 21 Anlagen ist am 2. Mai 2011 in Betrieb gegangen[99], für das Vorhaben „Arcadis Ost 1“ bedarf es dagegen noch des Durchlaufens des Genehmigungsverfahrens.[100] Auch im Land Mecklenburg-Vorpommern ist im LEP M-V[101] Ziffer 7.1. Abs. 1 S. 1 eine der Rechtslage in Niedersachsen grundsätzlich vergleichbare räumliche Beschränkung auf Eignungsgebiete niedergelegt. Ungeachtet der weitergehenden Öffnung gegenüber einer befristeten Anlagenerrichtung zu Erprobungszwecken in Ziffer 7.1. Abs. 1 S. 2[102] positionierte man sich daher mit der Festlegung allein der zwei den Vorhaben räumlich entsprechenden und einzig für geeignet befundenen marinen Eignungsgebiete für Windenergienutzung dahingehend, dass an anderer Stelle im Küstenmeer des Landes Mecklenburg-Vorpommern die Errichtung und der Betrieb von Offshore-Windparks ausgeschlossen ist.

Ganz ähnlich wird im Küstenmeer Schleswig-Holsteins gem. Teil B Ziffer 3.5.2 Abs. 16 des LEP S-H[103] die Windenergienutzung auf einen Test- und Demonstrationspark begrenzt, der dem geplanten Windpark „Beta Baltic“ mit 50 Windenergieanlagen entspricht und der in der Hauptkarte ausdrücklich benannt wurde.

Ist damit in allen Küstenbundesländern die Errichtung von Offshore-Windkraftanlagen geplant, folgt aus der Zuordnung des Küstenmeeres zum Gebiet der anliegenden Bundesländer zugleich eine Beachtlichkeit der jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften. Um die Darstellung nicht unnötig mit vergleichbaren

---

96 Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 15.11.2007, Az. 06-074-01, S. 78 ff.

97 Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“, Az. 07-198-01.

98 Siehe SH LT-Drs. 16/1620, S. 56.

99 *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie,* Pressemitteilung, Offshore-Windpark Baltic 1 in Betrieb, 2.5.2011; MV LT-Drs. 6/2203, S. 95.

100 Siehe Pressemitteilung des *Ministeriums für Verkehr, Bau- und Landesentwicklung* v. 21.9.2010, Nr. 304/10; zum aktuellen Stand auch MV LT-Drs. 6/2203, S. 95.

101 Landesraumentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern, Bekanntmachung des Ministeriums für Arbeit, Bau und Landesentwicklung v. 3.5.2005, ABl. MV, S. 797.

102 Siehe zu Vorhaben in MV sowie auch zum Überblick über die Vorhaben im Ostseebereich insgesamt MV LT-Drs. 5/1705, S. 35 ff.

103 Landesentwicklungsplan Schleswig-Holstein 2010 v. 13.7.2010, ABl. SH, S. 719.

landesrechtlichen Vorschriften unübersichtlich zu gestalten, wird sich im Folgenden insoweit auf den Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres beschränkt.

Für den Bereich der deutschen AWZ ist eine wesentlich größere Zahl an Offshore-Windparkvorhaben zu identifizieren. Dieses verdankt sich der Tatsache, dass den in küstennahen Gebieten bestehenden Problemen, die für die Einschränkungen durch die Küstenbundesländer ausschlaggebend waren, aus dem Weg gegangen werden kann und sich gleichwohl die relativ flachen Meerestiefen in Nord- und Ostsee auch in diesen Zonen für diese Nutzungsform anbieten.[104]

Bereits 2001 wurde vom BSH die erste Genehmigung für einen Offshore-Windpark im Bereich der AWZ in der Nordsee erteilt. Eine Vielzahl weiterer Genehmigungen folgte, so dass derzeit für die deutsche AWZ bereits 31 Windparkgenehmigungen vorliegen, von denen 28 genehmigte Vorhaben in der Nordsee und drei in der Ostsee liegen.[105] Von den anvisierten 5000 Anlagen sind bereits über 2000 genehmigt.[106]

Beispielhaft herausgegriffen sei der heute als „Alpha Ventus" bezeichnete Offshore-Windpark. Er liegt ca. 45 km nördlich der Insel Borkum im Bereich der deutschen AWZ in der Nordsee. Die vorliegende Genehmigung für eine Pilotphase betrifft 12 der beantragten 208 Anlagen. Nach dem Baubeginn im Jahr 2008 kann sich der Windpark seit seiner Inbetriebnahme am 27. April 2010 als erster deutscher Offshore-Windpark bezeichnen. Jede der Anlagen mit einer Leistungskapazität von fünf Megawatt hat eine Höhe von etwa 150 Metern, einen Rotordurchmesser von ungefähr 120 Metern und erfasst den Wind auf einer Fläche von ca. anderthalb Fußballfeldern. Trotz dieser beeindruckenden Angaben wird die wahre Dimension erst durch die Gesamtfläche des Windparks deutlich, die sich auf beachtliche 4 km² erstreckt, wohlgemerkt für 12 Anlagen.[107] Entsprechend imposant erscheint das Ausmaß, wenn für 2000 Anlagen ein Flächenbedarf von ungefähr 4770 km² angegeben wird[108], der für die anvisierten 5000 Anlagen nochmals gesteigert wird.

Darüber hinaus befinden sich derzeit 84 Anträge noch im Verfahren.[109] Wird die Zukunft der deutschen Windkraftnutzung zur See gerade im Bereich der AWZ

---

104 Allgemein zu den Wassertiefen und Bedingungen in der Ostsee siehe näher *Schmidt/Zeller,* in: *BfN,* Bedrohte Biodiversität, S. 14 f. sowie dort zu den entsprechenden Gegebenheiten in der Nordsee S. 19.

105 Zu den Genehmigungstexten und weiteren Informationen für den Bereich der AWZ siehe das unter www.bsh.de verfügbare Angebot (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014); näher auch *BfN,* Presshintergrundinformation, Januar 2011, S. 2.

106 *BSH,* Bilanzpressekonferenz 2011, S. 2.

107 Die Angaben beruhen auf den unter www.alpha-ventus.de (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014) sowie durch das *BSH,* Bilanzpressekonferenz 2011, S. 2 vermittelten Informationen; weitere Angaben auch bei *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2009, 748 (749).

108 *Ammermann,* NuL 2011, 431 (432); *BfN,* Presshintergrundinformation, Januar 2011, S. 2.

109 *BMVBS,* Pressemitteilung v. 11.1.2012, Nr. 005/2012. Siehe auch schon *BSH,* Bilanzpressekonferenz 2011, S. 2. Eine Aufstellung findet sich auf der Seite http://www.offshore-windenergie.net/windparks/im-genehmigungsverfahren (zuletzt aufge-rufen am 9.2.2014).

gesehen, erschließt sich unmittelbar, dass weitere Anträge zu erwarten sind, wobei mit Blick auf die mannigfaltige und jeweils großflächige Nutzung des Meeresbereichs[110] trotz der erheblichen Flächen die Zahl an zur Verfügung stehenden und in Frage kommenden Gebieten nicht grenzenlos ist und insbesondere der vorhandene Platz effektiv genutzt werden muss.[111]

Ist damit auch in diesen Meereszonen der Nord- und Ostsee die Errichtung zahlreicher Windparks geplant oder bereits in der Umsetzungsphase, bedingt die erforderliche Tiefe der folgenden Untersuchung, parallel gelagerte Entwicklungen im Bereich der deutschen AWZ in der Ostsee auszublenden und sich auf den besonders im Interesse stehenden Bereich der Nordsee zu konzentrieren.

Auch für den Bereich der deutschen AWZ in der Nordsee wurden zwischenzeitlich die Instrumente des Raumordnungsrechts fruchtbar gemacht. Der Raumordnungsplan für die AWZ in der Nordsee legte hierbei u.a. drei Vorranggebiete für Windenergie fest.[112] Innerhalb solcher Vorranggebiete, die als Ziele der Raumordnung[113] zu qualifizieren sind, sind andere Nutzungen ausgeschlossen, sofern sie mit den vorrangigen Nutzungen nicht vereinbar sind.[114] Weitere Vorranggebiete wurden für die Schifffahrt, Rohrleitungen und Seekabel festgelegt. Mit Blick auf § 4 Abs. 1 Nr. 3 ROG[115] erschließt sich, dass ein zu diesen Zielen der Raumordnung in Widerspruch stehendes Offshore-Windkraftprojekt bereits aus grundsätzlicher Sicht nicht genehmigungsfähig ist und daher die steuernde Wirkung der Raumordnung auf die Genehmigungsebene durchschlägt.

Weitergehend ist dem Raumordnungsplan die Einschränkung zu entnehmen, dass in Natura-2000-Gebieten Offshore-Windenergieanlagen grundsätzlich unzulässig sind.[116] Durch diese räumliche Trennung von Natura-2000-Gebieten und

---

110 Veranschaulicht durch die Übersichtskarte des *BSH* zu sämtlichen Nutzungen im Bereich der Nordsee, abrufbar unter http://www.bsh.de/de/Meeresnutzung/Wirtschaft/CONTIS-Informations system/ContisKarten/NordseeSaemtlicheNutzungenSchutzgebiete.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

111 Zum Freiwerden von Flächen durch Begegnung der Problematik der „Vorratshaltung" von Genehmigungen siehe § 4 Abs. 4 bis 6 SeeAnlV (Seeanlagenverordnung v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 29.8.2013 [BAnz AT v. 30.8.2013 V1]) sowie BT-Drs. 17/3049, S. 5; zur „Claimsicherung" von Flächen siehe § 3 der SeeAnlV sowie auch schon § 5 Abs. 1 S. 4 der SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der durch Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 geänderten Fassung (BGBl. I, S. 2542). Ausführlich zu dieser Problematik bereits *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 5, Rn. 45 ff.

112 Raumordnungsplan für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone in der Nordsee, Ziffer 3.5. Diesen enthielt die „Verordnung des BMVBS über die Raumordnung in der deutschen AWZ in der Nordsee" v. 21.9.2009 als Anlage (BGBl. I, S. 3107). Zur Lage der Gebiete siehe die zeichnerische Darstellung bei Ziffer 6.1.4 des Raumordnungsplanes für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone in der Nordsee.

113 Zum Begriff siehe § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG.

114 § 8 Abs. 7 Nr. 1 ROG.

115 Raumordnungsgesetz v. 22.12.2008 (BGBl. I, S. 2986), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes v. 31.7.2009, BGBl. I, S. 2585).

116 Ziffer 3.5.1 Abs. 3 S. 1 des Raumordnungsplanes für die AWZ in der Nordsee.

Windparks[117] wird, vorbehaltlich abweichender Positionierungen bei späteren Raumplanungen, der Konflikt zwischen dem Flächenanspruch der Offshore-Windkraftnutzung und dem Gebietsschutz bei in den Schutzgebieten gelegenen Vorhaben zugunsten des Gebietsschutzes entschieden.[118]

Klarstellend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in der Summe gleichwohl erhebliche Flächen für die Windenergienutzung zur Verfügung stehen[119], die mitunter zumindest in relativer Nähe zu den Natura-2000-Gebieten liegen.

Die Tragweite der bis 2013 in § 3a SeeAnlV a.F.[120] vorgesehenen Festlegung von besonderen Eignungsgebieten wird an geeigneter Stelle einzuordnen sein.[121]

II. Die räumliche Lage der Offshore-Windkraftvorhaben zu bereits entstandenen Schutzgebieten

Um die mögliche Relevanz des Flächenschutzes in dem mehrere 10.000 km² umfassenden Untersuchungsgebiet für die Offshore-Windkraftvorhaben räumlich vorstellbar werden zu lassen, ist die Lage der bisher errichteten, genehmigten oder geplanten Windparkprojekte zu derzeit zu identifizierenden einschlägigen, zunächst untechnisch als Schutzgebiete bezeichneten Flächen zu beschreiben.

Vorweg ist in räumlicher Hinsicht zu betonen, dass es für die Beachtlichkeit des Schutzreglements unerheblich ist, ob das Projekt innerhalb oder außerhalb des Schutzgebiets liegt.[122] Das heißt aber nicht nur, dass für Offshore-Windkraft-projekte ungeachtet der Tatsache, dass diese ganz überwiegend außerhalb der Schutzgebiete geplant sind, gleichwohl eine Auseinandersetzung mit dem habitatschutzrechtlichen Schutzreglement geboten ist, sondern auch, dass die durch die Zonierung der Meere zu beachtende Zäsur zwischen dem Küstenmeer und der AWZ nicht dazu führt, dass im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nur die Tragweite in Bezug auf die Schutzgebiete der Meereszone zu untersuchen ist, in der der Windpark errichtet werden soll. Zu beachten sind stets auch die Auswirkungen auf Schutzgebiete der anderen Meereszone.

Beispiele: Beim Genehmigungsverfahren zum Windpark „Amrumbank West“ wurden nicht nur die Effekte auf zukünftige Schutzgebiete im Bereich der AWZ

---

117 Zu beachten sind jedoch auch die aufgenommenen Ausnahmen für genehmigte oder planungsrechtlich verfestigte Windkraftvorhaben (Ziffer 3.5.1 Abs. 3 S. 1 und 2 des Raumordnungsplanes für die AWZ in der Nordsee), welches insbesondere auf den besonders in Streit stehenden Windpark Butendiek zutrifft, vgl. SH LT-Drs. 15/3041, S. 2.

118 Vgl. hierzu auch bereits SRU, Sondergutachten, S. 83.

119 Siehe näher die Fakten in der Verordnungsbegründung, S. 19 f., abgedruckt im Anlageband zum Bundesgesetzblatt Teil I, Nr. 61 v. 25.9.2009.

120 Eingefügt durch Art. 2 Nr. 3 des Gesetzes v. 25.3.2002 (BGBl. I, S. 1193) und aufgehoben durch Art. 11 des Gesetzes v. 21.1.2013 (BGBl. I, S. 95).

121 Siehe hierzu 3. Kapitel, B., VI.

122 *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 38; *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (112); *Gellermann,* NVwZ 2001, 500 (504); *Halama,* NVwZ 2001, 506 (510); *Niederstadt,* NuR 1998, 515 (523); *Wirths,* ZUR 2000, 190 (191); vgl. insoweit auch den uneingeschränkten Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL.

betrachtet, sondern auch die auf im Küstenmeer des Landes Schleswig-Holstein bereits existierende Schutzgebiete.[123] Bei der Erteilung des Vorbescheids für den Windpark „Riffgat“ fand Berücksichtigung, welche Auswirkungen für das in der AWZ gelegene Gebiet „Borkum Riffgrund“ erwartet werden.[124]

Unter den dargestellten Einschränkungen ist festzustellen, dass eine Vielzahl der geplanten oder genehmigten Vorhaben in beträchtlicher Entfernung zu sämtlichen Schutzgebieten liegt.[125] Hierzu gehören auch die innerhalb des Vorranggebiets für Windenergie „Östlich Austerngrund“ gelegenen Projekte.

Der bereits genehmigte Windpark „Butendiek“ dagegen befindet sich vollständig und mit größerem Abstand zu den Gebietsgrenzen sowohl im Bereich des Gebiets „Östliche Deutsche Bucht“ als auch innerhalb der Fläche „Sylter Außenriff“.[126] Der Windpark „H-2-20“ ist innerhalb des Gebiets „Doggerbank“ geplant, jedoch noch in einem frühen Stadium.[127]

Daneben gibt es auch eine namenhafte Zahl an Windparks, die unmittelbar neben Schutzgebieten oder in vergleichsweise geringem Abstand zu diesen geplant sind. So grenzen sowohl der Windpark „Dan Tysk“[128] als auch der Windpark „Amrumbank West“[129] unmittelbar an die Gebiete „Sylter Außenriff“ und „Östliche Deutsche Bucht“, in deren Umfeld jeweils weitere, noch nicht genehmigte Vorhaben anvisiert sind. Die südlich gelegenen Vorhaben befinden sich zugleich in dem Vorranggebiet für Windenergie „Südlich Amrumbank“.

Aufgrund der Lage von Teilen des Vorranggebiets für Windenergie „Nördlich Borkum“ neben dem Gebiet „Borkum Riffgrund“ ist auch für die namhafte Anzahl dort geplanter oder bereits genehmigter Vorhaben eine relative räumliche Nähe zu verzeichnen; sie liegen auch in der weiteren Umgebung zu den Schutzgebieten des niedersächsischen Küstenmeeres. Im Gebiet „Nördlich Borkum“ liegt der bereits in Betrieb gegangene Windpark „Alpha Ventus“.

---

[123] Genehmigung des BSH v. 9.6.2004, Offshore-Windpark „Amrumbank West“ S. 69.

[124] Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 29.9.2010, Az. 09-135-01, S. 99.

[125] Eine anschauliche und detailreiche Übersicht bietet das über die Seite http://www.bsh.de/de/Meeresnutzung/Wirtschaft/CONTIS-Informationssystem/index.jsp (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014) frei zugängliche Kartenmaterial des BSH. Abgedruckte Karten finden sich auch bei Zeiler/Dahlke/Nolte, promet 2005, 71 (71 ff.).

[126] SH LT-Drs. 15/3041, S. 2.

[127] Zum aktuellen Stand wird auf das Informationsangebot unter http://www.offshore-windenergie.net/windparks/im-genehmigungsverfahren (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014) verwiesen. Zu beachten ist, dass ein solcher Windpark aufgrund der räumlichen Trennung von Natura-2000-Gebieten und zukünftigen Windenergievorhaben gem. Ziffer 3.5.1 Abs. 3 S. 1 des Raumordnungsplanes für die AWZ in der Nordsee jedenfalls derzeit gem. § 4 Abs. 1 Nr. 3 ROG nicht zulassungsfähig ist, soweit man ihn nicht als planungsrechtlich verfestigt ansehen möchte (zu dem vergleichsweise engen Verständnis siehe aber die Begründung des Raumordnungsplanes, S. 19).

[128] Genehmigung des BSH v. 23.8.2005, Offshore-Windpark „Dan Tysk“, S. 52 u. 67.

[129] Genehmigung des BSH v. 9.6.2004, Offshore-Windpark „Amrumbank West“, S. 67 u. 69.

Es ist nicht ersichtlich, dass von Seiten potenzieller Vorhabensträger eine Windparkerrichtung in den anerkannten Schutzgebieten des niedersächsischen Küstenmeeres angestrebt wird. Die beiden Windparks „Nordergründe“ und „Riffgat“ befinden sich jedoch beide in unmittelbarer Nähe zu den Schutzgebieten. Für den Windpark „Nordergründe“ ist zu den geschützten Flächen des Nationalparks „Niedersächsisches Wattenmeer“ eine Annäherung von bis zu 500-600 Metern[130] und beim Windpark „Riffgat“ von ca. 3,6 km[131] zu verzeichnen. Sie befinden sich überdies selbst in Gebieten, deren ökologische Bedeutung zunächst klärungsbedürftig gewesen ist.[132]

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass es neben Windparks mit markanter Entfernung zu den Schutzgebieten auch solche gibt, die in den Schutzgebieten angesiedelt werden sollen oder zumindest unmittelbar an diese grenzen. Daneben gibt es eine weitere Gruppe an Vorhaben, die zwar durchaus eine Nähe zu den Schutzgebieten im zusammenhängenden und barrierefreien Meeresraum aufweisen, jedoch zugleich einen gewissen Abstand zu den Schutzgebieten einhalten.

III. Derzeitige naturwissenschaftliche Erkenntnisse über naturfachliche Wertigkeiten im Untersuchungsbereich und mögliche Einflüsse durch die Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windparks

Die Aufgabenstellung legt die Frage nahe, ob und welche relevanten Arten und Lebensraumtypen überhaupt im Untersuchungsbereich vorhanden sind, die Grundlage für die Festsetzung und den Schutz eines Natura-2000-Gebiets sein können. Eine juristische Arbeit kann sich dieser Aufgabe jedoch nur unter Einschränkungen zuwenden. Ohne sich daher auf das naturwissenschaftliche Gebiet zu begeben oder sich an einer dort zu erfolgenden Diskussion beteiligen zu wollen, sind folgende Hinweise angebracht[133]:

Für den Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres halten das Niedersächsische Ministerium für Umwelt und Klimaschutz sowie der Niedersächsische Landesbetrieb für Wasserwirtschaft, Küsten- und Naturschutz auf ihren Internetangeboten zahlreiche Informationen bereit.[134]

Entsprechend dieser Informationen ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl der in Anhang I VRL benannten Vogelarten im niedersächsischen Küstenmeer

---

[130] Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 15.11.2007, Az. 06-074-01, S. 80 f.

[131] Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 22.1.2008, Az. 06-101-01, S. 101 f.

[132] Siehe hierzu 2. Kapitel, B., III., 1., d).

[133] Hingewiesen sei auch auf die umfangreiche Materialsammlung bei *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 57 ff.

[134] www.umwelt.niedersachsen.de und www.nlwkn.niedersachsen.de; siehe weiterhin auch Nds. LT-Drs. 14/1900, S. 52 ff.

vorkommt. Hingewiesen sei insbesondere auf den Sterntaucher. Weitere Arten[135] wurden ebenfalls in signifikanter Anzahl identifiziert. Überdies sind zahlreiche Lebensraumtypen nach Anhang I und Arten nach Anhang II der FFH-RL zu verzeichnen. Erwähnt sei vor allem das Vorhandensein der Lebensraumtypen Riffe[136] und Sandbänke[137] sowie der Arten Seehund[138] und Schweinswal.[139]

Für den Bereich der deutschen AWZ in der Nordsee werden unter dem vom BfN betriebenen Internetangebot[140] maßgebliche Informationen zur Verfügung gestellt.

Hiernach kommen in der deutschen AWZ in der Nordsee verschiedene Arten des Anhangs I der VRL vor, u.a. ebenfalls der Sterntaucher. Daneben stehen auch weitere gegebenenfalls relevante Arten[141] im Fokus. Von den verschiedenen in der AWZ in der Nordsee anzutreffenden Vorkommen an Arten des Anhangs II der FFH-RL sind vor allem der Schweinswal, der Seehund und die Kegelrobbe[142] relevant. Von den in Anhang I der FFH-RL genannten Lebensräumen sind Riffe und Sandbänke zu verzeichnen.

Es bedarf keiner sehr ausgeprägten Vorstellungskraft, um zu erfassen, dass die Errichtung großflächiger Windparks unmittelbar in den Habitaten der schutzwürdigen Arten oder in den Bereichen, in denen die Lebensraumtypen vorzufinden sind, ein beachtlicher Einschnitt ist. Neben dem direkten Verlust der eingenommenen Fläche werden vor allem Erwärmungen des Meeresbodens ausgehend von der parkinternen Verkabelung und Einflüsse durch Lärm und Lichteffekte zu verzeichnen sein. Daneben kann es auch zu dem Verlust einzelner Individuen kommen, beispielsweise von Meeressäugern bei der Errichtung der Anlagen oder durch Vogelschlag beim Betrieb der Windkraftanlagen.[143] Diese Beispiele zeigen zugleich anschaulich auf, dass nicht nur Auswirkungen durch die Errichtung der Anlagen im Meeresbereich drohen, sondern mitunter auch durch deren Betrieb.

Allerdings ist angesichts fehlender Barrieren und der ökologischen Zusammenhänge über die Bereiche, in denen die Lebensraumtypen oder Arten an sich

---

135 Vgl. Art. 4 Abs. 2 VRL.

136 Zu den derzeitigen naturwissenschaftlichen Erkenntnissen zum Lebensraumtyp Riffe siehe die umfangreiche Darstellung bei *Hiebenthal/Blöcher/Krause/Rumohr,* in: BfN, Bedrohte Biodiversität, S. 105 ff.

137 Zum Stand der Forschung und etwaigen Einflüssen hinsichtlich des Lebensraumtyps Sandbänke siehe *Hiebenthal/Blöcher/Krause/Rumohr,* in: BfN, Bedrohte Biodiversität, S. 94 ff.

138 Für Informationen über das aktuelle Fachwissen zu Seehunden siehe *Siebert/Müller/Gilles/u.a.,* in: BfN, Bedrohte Biodiversität, S. 518 ff.

139 Zu den bisherigen Ergebnissen der Untersuchungen der naturwissenschaftlichen Disziplin zu Schweinswalen siehe *Siebert/Müller/Gilles/u.a.,* in: BfN, Bedrohte Biodiversität, S. 488 ff.

140 Abrufbar über die Adresse: http://www.bfn.de/0314_meeres-kuesten_naturschutz.html (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014); siehe auch BfN, Presshintergrundinformation, Januar 2011, S. 2 f.

141 Vgl. Art. 4 Abs. 2 VRL.

142 Zu fachlichen Erkenntnissen über die Kegelrobbe siehe *Siebert/Müller/Gilles/u.a.,* in: BfN, Bedrohte Biodiversität, S. 528 ff.

143 Umfassend zu den beschriebenen Auswirkungen *Merck,* NuL 2011, 437 (437 ff.).

beheimatet sind, hinaus ein noch weiter gehender Wirkradius zu ziehen. So jagen beispielsweise gerade Seehunde auch noch in beträchtlicher Entfernung zu ihren eigentlichen Aufenthaltsorten[144]; veränderte Strömungs- und Ablagerungsvorgänge können auch an weit entfernten Orten Auswirkungen haben und die Nahrungsgrundlagen oder lebensraumtypischen Arten durch außerhalb gelegene Aktivitäten verdrängt werden. Zugleich ist auch an ein Hineinwirken in schutzwürdige Bereiche mittels der Medien Luft und Wasser zu denken, insbesondere durch Lichteffekte und Schallimmissionen.[145]

Die naturwissenschaftlichen Kenntnisse, aber auch die Methodik zur naturfachlichen Bewertung mariner Gebiete wird dagegen von der naturwissenschaftlichen Disziplin als unbefriedigend und mit Unsicherheiten belastet gekennzeichnet, so dass sich jede Einschätzung zur naturfachlichen Qualität eines Meeresgebiets im Gegensatz zur Lage im Landbereich stets bereits hinsichtlich der notwendigen Grundlagen unter einen Vorbehalt gestellt sieht.[146] Erst recht besteht im Detail, z.B. zu einzelnen Grenzwerten, Unklarheit.[147]

Über den damit notwendigen Erkenntniszugewinn hinaus sind jedoch auch stete Änderungen der naturfachlichen Wertigkeit zu erwarten. So hat beispielsweise eine umfangreiche Untersuchung aus dem Jahr 2008 festgestellt, dass der Schweinswalbestand im Bereich des heutigen Windparks „Alpha Ventus" gegenüber den Erkenntnissen aus den Jahren 2001 bis 2003 signifikant angestiegen ist, ohne eine wissenschaftliche Erklärung hierfür liefern können.[148]

Durch den Eintritt einzelner Vorhaben in die Verwirklichungsphase muss sich das BSH nicht mehr nur auf Prognosen und intensiv durchgeführte Forschungsanstrengungen stützen, sondern kann auf konkrete Erfahrungen zurückgreifen. Hierbei deuten erste Erkenntnisse darauf hin, dass über den befürchteten Vogelschlag bei Massenzugereignissen hinaus auch der Verlust von Individuen bei überraschenden Wetterveränderungen verstärkt zu erwarten ist.[149]

Ohnehin haben die Forschungsanstrengungen bereits Früchte getragen. Hiervon zeugt insbesondere ein an den jüngsten Erkenntnissen ausgerichtetes Schallschutzkonzept zum Schutz der Schweinswale.[150] Dennoch blieben bislang

---

[144] Siehe *BioConsult SH/Biola,* Fachgutachten Meeressäuger, S. 43 f., die für Seehunde Entfernungen von 50 bis 120 km angeben.

[145] Siehe, auch ergänzend, die Aufzählung denkbarer Auswirkungen im StUK, S. 6 sowie *BfN,* Presshintergrundinformation, Januar 2011, S. 2 f.

[146] *Schäfer/Hiebenthal/Garilao/u.a.,* in: BfN, Bedrohte Biodiversität, S. 41; *Schuchardt/Bildstein/Günther/Scholle,* NuL 2011, 410 (410), siehe dort auch näher zu methodischen Ansätzen.

[147] Vgl. nur *Lucke,* NuL 2011, 447 (448) zu Grenzwerten für Schalleinträge beim Bau von Offshore-Windkraftanlagen.

[148] *BioConsult SH/Biola,* Fachgutachten Meeressäuger, S. 46 f.

[149] *BSH,* Bilanzpressekonferenz 2011, S. 4.

[150] *BfN,* Konzept für den Schutz der Schweinswale vor Schallbelastungen bei der Errichtung von Offshore-Windparks in der deutschen Nordsee (Schallschutzkonzept), 2013; abrufbar unter: http://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/erneuerbareenergien/Strategie_Positionspapiere/schallschutzkonzept_BMU.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

sogar zentrale Fragestellungen, beispielsweise zu den Auswirkungen auf Zugvögel, unbeantwortet.[151] Nicht übersehen werden dürfen schließlich zunächst nicht zu vermutende mögliche positive Nebeneffekte durch die Errichtung von Offshore-Windkraftanlagen. Insbesondere wird eine erhöhte Ansammlung von Lebewesen im Bereich der Windparks einschließlich des empfindlichen Schweinswals für möglich gehalten.[152]

F. Verhältnis der habitatschutzrechtlichen Richtlinien zueinander

Die Integration der Vogelschutzgebiete in das Natura-2000-Netzwerk und der nachfolgende Erlass der FFH-RL bedingen die Frage nach dem Verhältnis zwischen der FFH-RL und der VRL. Anknüpfend daran, dass die FFH-RL als Ergänzung der VRL konzipiert wurde[153], ist bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass trotz der Verbindung zwischen den beiden Richtlinien das Flächenschutzsystem der VRL nicht vollständig in der FFH-RL aufgegangen ist, da die Einrichtung der Vogelschutzgebiete weiterhin nach Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL durch Erklärung des Mitgliedstaates erfolgt, der zugleich die Bestimmung der entsprechenden Gebiete allein anhand dieser Regelungen vorzunehmen hat.[154] Dieses bringt es mit sich, dass dieselbe Fläche nicht nur ein aufgrund der FFH-RL errichtetes Schutzgebiet, sondern daneben zugleich auch ein Vogelschutzgebiet beherbergen kann.

G. Umsetzungs- und Mitwirkungspflichten der Mitgliedstaaten

Sind Richtlinienbestimmungen naturgemäß auf eine Umsetzung durch die Mitgliedstaaten angelegt, lässt sich in zeitlicher Hinsicht zunächst an Art. 18 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 79/409/EWG[155] anknüpfen, nach dem die Mitgliedstaaten gehalten waren, innerhalb von zwei Jahren nach Bekanntgabe der ursprünglichen Richtlinienfassung die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Die Bekanntgabe an die Mitgliedstaaten erfolgte am 6.

---

[151] *BMU,* Pressemitteilung vom 30.10.2013, Nr. 156/13.

[152] *BSH,* Bilanzpressekonferenz 2011, S. 4; siehe auch *BMU,* Pressemitteilung vom 30.10.2013, Nr. 156/13.

[153] Erwägungsgrund Nr. 15 der FFH-RL.

[154] Vgl. Art. 7 FFH-RL, der keinen Übergang herbeiführt. Ebenso *Epiney,* UPR 1997, 303 (306); *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (67); *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (110); *Gellermann,* in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband), § 78, Rn. 14.

[155] Richtlinie 79/409/EWG des Rates v. 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. EG Nr. L 103 v. 25.4.1979, S. 1), aufgehoben durch Art. 18 UAbs. 1 VRL.

April 1979.[156] Vergleichbar verpflichtete Art. 23 Abs. 1 FFH-RL die Mitgliedstaaten zum Erlass der erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften innerhalb von zwei Jahren nach Bekanntgabe der FFH-RL. Die Bekanntgabe der FFH-RL erfolgte am 5. Juni 1992.[157] Innerhalb des Zeitrahmens bis zum 7. April 1981[158] bzw. zum 5. Juni 1994 war daher das nationale Recht den Richtlinienvorgaben anzupassen.

Mit einer normativen Ausgestaltung der Richtlinienvorgaben im nationalen Recht hat es indes nicht sein Bewenden. Vielmehr fordert das Programm der Richtlinien im Rahmen der Entstehung der Schutzgebiete den Mitgliedstaaten auch administratives Handeln ab.[159] Dass die mitgliedstaatlichen Stellen sodann im Rahmen ihrer Zuständigkeiten Sorge dafür tragen müssen, den normativ verankerten Schutzstandard Realität gewinnen zu lassen, versteht sich von selbst.

Für die Erfüllung der Pflicht entsprechende Vogelschutzgebiete zur Entstehung zu bringen, enthält die VRL keine Frist. Soweit die Mitgliedstaaten daher dieser Verpflichtung nicht durch Entsprechung einer Aufforderung des Rates zu einer Übermittlung der entsprechenden Informationen innerhalb von 24 Monaten nach Annahme der Richtlinie[160] nachgekommen sind, verbleibt es bei dem Anspruch auf eine Pflichterfüllung innerhalb vernünftiger Fristen.[161]

Ähnlich ist auch für das Schutzsystem nach der FFH-RL der zentrale Anknüpfungspunkt die Auswahl, Meldung und Unterschutzstellung entsprechender Schutzgebiete selbst. Diese werden zunächst in einem in Art. 4 Abs. 1 bis 3 FFH-RL ausgestalteten mehrstufigen Verfahren festgelegt. Die in diesem Rahmen zu errichtenden Listen waren ausweislich Art. 4 Abs. 3 FFH-RL innerhalb von sechs Jahren, also bis zum 5. Juni 1998, zu erstellen. Die erste Liste mit Gebieten für den atlantischen biogeografischen Raum wurde indes erst 2004 verabschiedet.[162] Sie wurde zwischenzeitlich bereits mehrmals aktualisiert.[163]

---

[156] EuGH, Urt. v. 27.4.1988, Rs. C-252/85, Slg. 2243, Rn. 3.

[157] BT-Drs. 13/6442, S. 1.

[158] Siehe Anhang VI Teil B der VRL.

[159] Entsprechend ist die Unterscheidung zwischen normativer Umsetzung und administrativer Durchführung gebräuchlich, so z.B. *Gellermann,* NVwZ 2001, 500 (502).

[160] Entschließung v. 2.4.1979, ABl. EG Nr. C 103 v. 25.4.1979, S. 6.

[161] *Europäische Kommission,* Aufforderungsschreiben im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5117, v. 21.12.2001, S. 3. Der Vorschlag einer entsprechenden Anwendung der Fristen der FFH-RL aufgrund des Zusammenhangs mit der Errichtung des Natura-2000-Netzwerks (so *Schladebach,* LKV 1999, 309 [311]) erscheint in Anbetracht des bereits zuvor verstrichenen erheblichen Zeitraums entbehrlich. Im Hinblick auf die fehlende Überführung in Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 FFH-RL bedürfte es ohnehin einer eingehenderen Untersuchung der Pflichtenkreise und bestehender Fristen.

[162] Entscheidung der Kommission v. 7.12.2004 zur Verabschiedung der Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 387 v. 29.12.2004, S. 1.

[163] Näher 2. Kapitel, A., II.

H. Normative und administrative Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland

Unter dem Eindruck dieser Vorarbeiten ist ein Überblick über die Entwicklung der Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland zu geben.

I. Normative Umsetzung

Neben mehrfachen tiefgreifenden Anpassungen zur Abhilfe einer mangelhaften Umsetzung der Richtlinien hat das deutsche Umsetzungsrecht auch aufgrund der föderalen Ordnung und der veränderten verfassungsrechtlichen Ausgangslage nach der Föderalismusreform im Jahr 2006[164] erheblichen Änderungen unterlegen.

1. Nichtumsetzung und erste Lösungsansätze des Bundesgesetzgebers

Bemerkenswerterweise fand sowohl hinsichtlich der VRL als auch der FFH-RL zunächst keine Umsetzung statt. Diese Vertragsverstöße wurden durch den EuGH bereits im Jahr 1987[165] bzw. 1997[166] festgestellt. Nur unter dem Eindruck der Vertragsverletzungsverfahren und Verurteilungen nahm sich der Gesetzgeber seines Umsetzungsauftrages an.

Der Umsetzung der Richtlinienvorgaben der FFH-RL in das nationale Recht wurde sich in der Bundesrepublik Deutschland erstmalig durch das Zweite Gesetz zur Änderung des BNatSchG[167] zugewandt. Die zu diesem Zweck vorgenommene und den Schwerpunkt der Umsetzung bildende Einfügung der §§ 19a ff.[168] in das seinerzeit geltende BNatSchG[169] hatte im Hinblick auf die Integration der Vogelschutzgebiete in das Natura-2000-Netzwerk und den Übergang des Schutzregimes nach Art. 7 FFH-RL zugleich für Vogelschutzgebiete Bedeutung und bildete auch den Startschuss für eine sachgerechte Annäherung an die Erfüllung der Umsetzungsverpflichtungen der VRL, die bis zu diesem Zeitpunkt erheblich verfehlt worden waren.[170]

Im Jahr 2002 wurde dieses BNatSchG durch eine umfassende Neuregelung insgesamt abgelöst.[171] Die Vorschriften zur Umsetzung der VRL und der FFH-RL

---

[164] Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

[165] EuGH, Urt. v. 17.9.1987, Rs. C-412/85, Slg. 3503.

[166] EuGH, *Urt.* v. 11.12.1997, Rs. C-83/97, Slg. I-7191.

[167] V. 30.4.1998, BGBl. I, S. 823.

[168] Durch Art. 1 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des BNatSchG v. 30.4.1998, BGBl. I, S. 823.

[169] BNatSchG v. 12.3.1987 (BGBl. I, S. 889); eine Neubekanntmachung dieses Gesetzes in der ab dem 29.8.1998 geltenden Fassung erfolgte am 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

[170] Siehe auch die erneute Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland, EuGH, Urt. v. 23.3.1993, Rs. C-345/92, Slg. I-1115 sowie allgemein *Gellermann,* in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband), § 78, Rn. 47. Zur schwerfälligen Entstehung des Änderungsgesetzes siehe *Niederstadt,* NuR 1998, 515 (517), *Schrödter,* NdsVBl. 1999, 173 (174) sowie *Gellermann,* Natura 2000, S. 138 f.

[171] Verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

fanden sich weitgehend wortgleich vor allem in den §§ 32 ff. des nun geltenden BNatSchG wieder. Hinzuweisen ist jedoch auf z.T. erhebliche Verschiebungen innerhalb der Gesetzessystematik. Die für die Verträglichkeitsprüfung relevanten Begriffe „Erhaltungsziele" und „Projekte" wurden in § 10 Abs. 1 Nr. 9 und 11 dieses BNatSchG verankert.

Kein Vorbild fand sich dagegen zu dem ab 2002 geltenden § 38 BNatSchG. Mit dieser Regelung wurde erstmals eine Vorschrift geschaffen, die den Aufbau und den Schutz des Natura-2000-Netzes im Bereich der AWZ betraf.

Grob skizziert ordnete § 38 des BNatSchG aus dem Jahr 2002 in einem dort näher bestimmten Umfang die entsprechende Geltung unionsrechtlich bedingter habitatschutzrechtlicher Vorschriften für den Bereich der AWZ an.

Vordergründig wurde hiermit dem Geltungsanspruch der sekundärrechtlichen Vorgaben im Bereich der AWZ Rechnung getragen. Auch war § 38 BNatSchG in der ab 2002 geltenden Fassung als Ausdruck des Ziels der Verbesserung des Umweltschutzes im Bereich der AWZ, insbesondere im Hinblick auf die angestrebte extensive Nutzung der Windenergie, zu verstehen.[172] Obwohl hieran dem Grunde nach festgehalten werden kann, erfolgte die Einfügung von § 38 in das BNatSchG im Jahr 2002 jedoch zuvörderst in dem Bestreben, den Aufbau der Offshore-Windkraftnutzung in der AWZ von den Unsicherheiten über die zukünftige räumliche und inhaltliche Entwicklung des Flächenschutzes in diesem Meeresbereich sowie komplizierten Fragestellungen über mögliche Vorwirkungen der Richtlinien bereits vor einer sich abzeichnenden Nachholung nationaler Schritte zu entlasten.[173]

Der Erlass dieser bundesrechtlichen Regelungen ließ sich seinerzeit grundsätzlich auf die inzwischen aufgehobene Rahmengesetzgebungskompetenz des Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 GG a.F.[174] stützen. Entsprechend stellte der Bundesgesetzgeber in § 4 S. 1 BNatSchG in der bis 2002 geltenden Fassung[175] bzw. ab dem Jahr 2002 in § 11 S. 1 des nachfolgenden BNatSchG[176] klar, dass die Vorschriften des jeweiligen BNatSchG in weiten Teilen von den Ländern auszufüllende Rahmenvorschriften enthielten. Er nahm jedoch zugleich von diesem Grundsatz auch einige hier einschlägige Vorschriften aus, die rundherum mit unmittelbarer Geltung ausgestattet wurden. Hierzu war gem. § 11 S. 1 des 2002 installierten BNatSchG[177] auch dessen § 38 zu zählen. Weitergehend galten

Mit Inkrafttreten dieses nachfolgenden BNatSchG am 4.4.2002 trat gem. Art. 5 S. 1 des erstgenannten Gesetzes das bisherige BNatSchG außer Kraft.

172 BT-Drs. 14/7490, S. 29 f.

173 *Ell/Heugel,* NuR 2007, 315 (317); siehe auch BT-Drs. 14/7490, dort insbesondere S. 29.

174 In der Fassung des Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I, S. 3146; aufgehoben durch Art. 1 Nr. 8 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

175 BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

176 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

177 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

auch nach der Übergangsvorschrift in § 69 Abs. 1 des seit 2002 Geltung beanspruchenden BNatSchG, wie schon gem. der zuvor in § 39 Abs. 1 BNatSchG verorteten Vorgängervorschrift[178], mehrere Umsetzungsvorschriften bis zum 9. Mai 2003 unmittelbar, soweit entsprechendes Landesrecht nicht bereits zwischenzeitlich erlassen wurde.[179] Betroffen waren hiervon insbesondere die zentralen Vorschriften zur Verträglichkeitsprüfung, die seit der Neuregelung im Jahr 2002[180] in § 34 BNatSchG niedergelegt waren. Diese Festlegungen waren darüber hinaus gem. § 11 S. 2 dieser Fassung des BNatSchG unmittelbar geltendes Recht, soweit Behörden des Bundes Entscheidungen über Projekte im Sinne des § 34 Abs. 1 S. 1 des 2002 in Kraft getretenen BNatSchG treffen.

Zuletzt ist festzustellen, dass die Rahmenvorschriften z.T. Einzelheiten regelten.

2. Verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Einordnung

Übergeordnet ist dieser Befund unmittelbar Ausdruck der Tatsache, dass sich der nun immerhin aktiv werdende Bundesgesetzgeber in dem Spannungsverhältnis der engen verfassungsrechtlichen Kompetenzgrenzen einerseits und der drängenden Erfüllung überfälliger unionsrechtlicher Verpflichtungen andererseits bewegte. Bund und Länder hatten sich, noch dazu unter den besonderen Vorzeichen der föderalen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, durch die unterlassene und mangelhafte Umsetzung in eine äußerst schwierige Lage manövriert.

Mit Blick auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern forderte dieses Vorgehen die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit heraus. Für die Verfassungsgemäßheit sowohl der unmittelbaren Geltung der bundesrechtlichen Vorschriften als auch des in Einzelheiten gehenden Gehalts der Vorschriften wurde Art. 75 Abs. 2 GG a.F.[181] herangezogen.[182] Trotz der allgemein strengen Vorgaben des BVerfG[183] vermochte hierbei der Hinweis des Gesetzgebers auf die durch die länderübergreifende Schutzgebietserrichtung erforderliche Einheitlichkeit der unionsrechtlich geforderten Zulassungsanforderungen sowie die Intention der Abhilfe einer unmittelbaren Wirkung von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL durchaus zu überzeugen.[184] Zugleich hatte sich der Bundesgesetzgeber mit seinem vorsichtigen, zeitlich z.T. eingegrenzten und

---

[178] In der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

[179] Für diesen Fall trat gem. § 69 Abs. 1 S. 2 des BNatSchG v. 25.3.2002 (BGBl. I, S. 1193) die Anordnung der unmittelbaren Geltung nach S. 1 außer Kraft.

[180] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

[181] In der Fassung des Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I, S. 3146; aufgehoben durch Art. 1 Nr. 8 des Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

[182] BT-Drs. 14/6378, S. 43, 50 und 63 f.

[183] Siehe BVerfGE 111, 226 (249 ff.).

[184] BT-Drs. 14/6378, S. 50 und 63.

ausgewählten Vorgehen auf das notwendige Maß beschränkt. Jedenfalls ist festzustellen, dass das BVerfG als zuständige Instanz nicht eingeschaltet wurde. Eine Nichtigkeit der Normen war daher nicht anzunehmen.

Die Problematik dieses Vorgehens zeigt daher eher die Frage auf, ob den unionsrechtlichen Umsetzungspflichten – gegebenenfalls zeitweise – auf diese Weise nachgekommen wurde. Die nach Art. 288 Abs. 3 AEUV den Mitgliedstaaten überlassene Wahl der Form und Mittel bei der Umsetzung von Richtlinien ist nicht dahingehend zu verstehen, dass der unionsrechtlichen Umsetzungsverpflichtung bereits durch Erlass einer Rahmenregelung Genüge getan werden kann[185], so dass an sich trotz Vorliegens rahmengesetzlicher Vorschriften erst durch die ausfüllende Landesgesetzgebung eine Umsetzungsverpflichtung erfüllt wird. Das Vorgehen des Bundesgesetzgebers war jedoch in seiner Detailschärfe und der teilweisen Anordnung der unmittelbaren Geltung bereits zu diesem Zeitpunkt auf den Erlass einer hinreichenden materiellen Vorschrift gerichtet, ohne dieses zunächst auf einen späteren Gesetzgebungsakt zu verschieben.[186] Obwohl im Hinblick auf die angelegte Endlichkeit dieser Regelung Zweifel an dem Vorliegen der durchweg strengen Anforderungen des Gerichtshofs an eine ordnungsgemäße Umsetzungsvorschrift verbleiben, kann mangels konkreter gegenläufiger Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des EuGH und mit Blick auf das Bestehen einer materiellen Vorschrift insoweit von dem Erlass des unionsrechtlich geforderten Umsetzungsaktes ausgegangen werden.[187]

Da § 69 Abs. 1 und § 11 BNatSchG in der seit 2002 geltenden Fassung[188] aber nicht sämtliche Vorschriften mit unmittelbarer Geltung ausstattete, die sogar schon der Bundesgesetzgeber als Rahmenvorgabe zur Umsetzung der Richtlinienvorschriften für geboten erachtete, bestand zugleich auch eine bereits auf den ersten Blick erkennbare verbleibende problematische Menge.[189] Im Übrigen ist damit nicht entschieden, inwieweit die Umsetzung grundsätzlich hinter den Richtlinienvorgaben zurückblieb.

3. Erneute Anpassung im Jahr 2007

Diesen Gedanken aufgreifend, ist festzustellen, dass im Jahr 2006 die Bundesrepublik Deutschland erneut durch den EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren verurteilt wurde.[190] Dieses Mal wurde die nicht korrekte Umsetzung wesentlicher Vorschriften der FFH-RL gerügt, welches auch den Flächenschutz betraf. Zur Abhilfe erfuhr das seit 2002 in Kraft befindliche BNatSchG[191] durch

---

[185] EuGH, Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-263/96, Slg. I-7453, Rn. 26.

[186] Insofern unterscheidet sich die vorliegende Konstellation maßgeblich von der dem vorstehend benannten Urt. des EuGH v. 18.12.1997 (Rs. C-263/96, Slg. I-7453) zugrunde liegenden.

[187] Vorsichtig auch *Gellermann,* Natura 2000, S. 140 f.

[188] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

[189] Kritisch daher bereits *Gellermann,* NVwZ 2001, 500 (503).

[190] EuGH, Urt. v. 10.1.2006, Rs. C-98/03, Slg. I-53 – Kommission/Deutschland.

[191] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

ein im Jahr 2007 verabschiedetes Gesetz einschlägige Änderungen,[192] welche jedoch mit Blick auf Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG[193] in wesentlichen Teilen erst Mitte 2008 in Kraft traten.[194]

4. Umsetzung im Landesrecht

Die für das Küstenmeer als Rahmenrecht zu qualifizierenden bundesrechtlichen Vorgaben wurden in Niedersachsen vor allem durch die §§ 34a bis 34c NNatG[195] umgesetzt, die am 8. Februar 2003 in Kraft traten.[196] Sie galten bis zum 28. Februar 2010[197] und waren stark an die Regelungen des damaligen BNatSchG[198] angelehnt.

5. Die Rechtslage nach der Föderalismusreform

Diese Ausgangslage hat durch die veränderte verfassungsrechtliche Lage nach Inkrafttreten der Föderalismusreform aus dem Jahr 2006[199] sowie das durch diese hervorgerufene Handeln des Bundesgesetzgebers tiefgreifende Veränderungen erfahren. Auf dem Gebiet des Naturschutzes und der Landschaftspflege ist an die Stelle der bisherigen Rahmenkompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz getreten.[200]

Gleichwohl hat der Bund bei der Ausübung seiner Kompetenz nicht in jedem Fall das letzte Wort. Denn grundsätzlich steht den Ländern gem. Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG nach Gebrauchmachen des Bundes von seiner Kompetenz die Möglichkeit offen, durch Gesetz abweichende Regelungen zu treffen. Hiervon ausgenommen sind als abweichungsfeste Kerne die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes und des Meeresnaturschutzes.

Insofern lässt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht ohne Weiteres ermitteln, ob der von der VRL und der FFH-RL initiierte Flächenschutz unter

---

[192] Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 12.12.2007, BGBl. I, S. 2873.

[193] Art. 72 Abs. 3 GG eingefügt durch Art. 1 Nr. 5 lit. b) des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

[194] Siehe Art. 3 des ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 12.12.2007, BGBl. I, S. 2873.

[195] Niedersächsisches Naturschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 11.4.1994, Nds. GVBl., S. 155, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

[196] Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung naturschutzrechtlicher Vorschriften v. 27.1.2003, Nds. GVBl., S. 39.

[197] Siehe Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010 (Nds. GVBl., S. 104).

[198] In der Fassung des Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

[199] Durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

[200] Eingefügt durch Art. 1 Nr. 7 lit. oo) des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

einen artenschutzrechtlichen Begriff in einem weiten Sinn gefasst werden kann.[201] In Bezug auf die Offshore-Windenergienutzung ist jedoch nicht nur an das abweichungsfeste Recht des Artenschutzes, sondern ebenso an das Recht des Meeresnaturschutzes zu denken. Nach den Ausführungen der Gesetzesbegründung ist diesem Bereich ein weites Verständnis zugrunde zu legen, das den Flächenschutz einschließt.[202] Dem Begriff „Meer" wird hierbei neben der schon von § 38 BNatSchG in der Fassung aus dem Jahr 2002[203] erfassten AWZ auch das Küstenmeer der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet.[204] Dieses wird durch die Erwägung bestätigt, dass eine Aufspaltung des Schutzes zwischen Küstenmeer und AWZ einem effektiven Meeresnaturschutz aufgrund des engen Zusammenhangs und Austauschs zwischen den Ökosystemen in hohem Maße abträglich wäre.[205]

Die Regelungen zur Umsetzung der VRL und der FFH-RL sind daher hinsichtlich des Meeres keiner Abweichungsgesetzgebung der Länder zugänglich. Dieses gilt mit Blick auf die zeitliche Sperre des Art. 125b Abs. 1 S. 3 GG[206] auch, soweit und solange der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat.[207] Daher ist festzuhalten, dass selbst nach dem Scheitern des UGB[208] ab dem Jahr 2010 im Hinblick auf Art. 125b Abs. 1 S. 3 GG für den Meeresbereich keine Vielzahl abweichender landesrechtlicher Regelungen drohte.

Inzwischen ist die Fortgeltung der Rechte und Pflichten des Rahmenrechts durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege[209] entfallen.

Daher lässt sich folgende Einordnung vornehmen: Der Gesetzgeber ersetzte das bisherige Rahmenrecht durch Vollregelungen. Ob die nun in den §§ 31 ff. BNatSchG[210] enthaltenen Regelungen zum Natura-2000-Netzwerk grundsätzlich einer Abweichungsgesetzgebung durch die Länder zugänglich sind, kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen. Für den Fall, dass ein Küstenbundesland insoweit die Notwendigkeit einer Abweichungsgesetzgebung sehen sollte, enthalten die §§ 56 ff. BNatSchG abweichungsfeste Regelungen zum

201 Siehe hierzu näher *Fischer-Hüftle,* NuR 2007, 78 (84) sowie *Gellermann,* NVwZ 2010, 73 (74).
202 BT-Drs. 16/813, S. 11.
203 Verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.
204 *Louis,* ZUR 2006, 340 (341); *Fischer-Hüftle,* NuR 2007, 78 (84).
205 *Fischer-Hüftle,* NuR 2007, 78 (84 f.).
206 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 22 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.
207 *Stettner,* in: Dreier, Grundgesetz, Band III, Art. 125b, Rn. 4.
208 Siehe hierzu *Gellermann,* NVwZ 2010, 73 (73).
209 V. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2542.
210 Verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2542, in Kraft getreten am 1.3.2010 gem. Art. 27 S. 1 desselben Gesetzes.

Meeresnaturschutz.[211] Dieses betrifft aufgrund der Regelung in § 56 Abs. 1 BNatSchG materiell auch die Vorschriften der §§ 31 ff. BNatSchG sowie räumlich den Bereich des Küstenmeeres.[212] Für den Bereich der AWZ sind zusätzlich die §§ 57 f. BNatSchG zu beachten.

Inhaltlich übernehmen die §§ 31 ff. BNatSchG in weiten Teilen die Regelungen der §§ 32 ff. des 2002 in Kraft getretenen BNatSchG in der zuletzt geltenden Fassung.[213]

Die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund bedingte auch Änderungen im Landesrecht. Dieser Aufgabe hat sich Niedersachsen inzwischen dergestalt angenommen, dass es das NNatG durch ein Ausführungsgesetz ablöste sowie gegebenenfalls ergänzende oder abweichende Regelungen traf.[214]

6. Grobstruktur der Umsetzungsregime

Fasst man dieses im Detail ohnehin noch zu verfeinernde Bild zusammen, so lassen sich für den hiesigen Fragenkreis vier Umsetzungsstadien unterscheiden:

1. Die Umsetzung durch die mit unmittelbarer Geltung ausgestatteten §§ 32 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[215] (bzw. §§ 19a ff. BNatSchG in der Fassung aus dem Jahr 1998[216]).
2. Die Ausfüllung der Rahmengesetze durch die §§ 34a ff. NNatG[217].
3. Die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland durch den EuGH im Jahr 2006[218] und die Änderung des BNatSchG 2007/2008.[219]
4. Die Etablierung bundesrechtliche Vollregelungen ab dem 1. März 2010.[220]

Alle vier Regime erweisen sich entsprechend obenstehender Skizzierung der Genehmigungspraxis[221] für die Beurteilung der Genehmigungen deutscher

[211] Zu den hier nicht einschlägigen Einschränkungen in § 56 Abs. 1 und 2 BNatSchG siehe *Gellermann,* NVwZ 2010, 73 (74).

[212] BT-Drs. 16/12274, S. 106; siehe auch § 1 S. 2 NAGBNatSchG (Niedersächsisches Ausführungsgesetz zum Bundesnaturschutzgesetz v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104).

[213] Vgl. BT-Drs. 16/12785, S. 78 ff. Das BNatSchG v. 25.3.2002 (BGBl. I, S. 1193) galt zuletzt in der durch Art. 3 des Gesetzes zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes und zur Änderung anderer Vorschriften v. 22.12.2008 (BGBl. I, S. 2986) geänderten Fassung.

[214] Durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010 (Nds. GVBl., S. 104); siehe hierzu auch Nds. LT-Drs. 16/1902. In § 26 NAGBNatSchG wurde eine der Regelung in § 34c Abs. 5 S. 2 bis 6 und Abs. 7 S. 1 NNatG entsprechende Zuständigkeits- und Verfahrensregelung aufgenommen.

[215] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

[216] In der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

[217] Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung naturschutzrechtlicher Vorschriften v. 27.1.2003, Nds. GVBl., S. 39.

[218] EuGH, Urt. v. 10.1.2006, Rs. C-98/03, Slg. I-53 – Kommission/Deutschland.

[219] Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 12.12.2007, BGBl. I, S. 2873.

[220] BNatSchG, v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2542, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 124 und Art. 4 Abs. 100 des Gesetzes v. 7.8.2013, BGBl. I, S. 3154.

[221] Vgl. 1. Kapitel, E., I.

Offshore-Windenergievorhaben als relevant. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird im Folgenden grundsätzlich von der aktuellen Fassung des BNatSchG ausgegangen und erforderlichenfalls auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu vorherigen Regelungen hingewiesen.

II. Die administrative Durchführung in der Bundesrepublik Deutschland

Erfordert die Errichtung des Natura-2000-Netzes die Mitwirkung der Mitgliedstaaten, ist auch insoweit festzustellen, dass die Durchführung der Richtlinien zunächst nicht erfolgte.

Ohne dass die Bundesrepublik Deutschland auch nur ein Gebiet, geschweige denn eine nationale Liste an die Kommission gemeldet hatte, verstrich die hierfür in Art. 4 Abs. 1 FFH-RL bestimmte dreijährige Frist. Erst ab 1996 erfolgten erste Gebietsmeldungen.[222] Diese „offensichtlich unzureichende“ Meldung von Gebieten zog ebenfalls eine Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland durch den EuGH nach sich.[223] Auch in der Folge schwelte der Konflikt zwischen der Kommission und der Bundesrepublik Deutschland über eine hinreichende Meldung weiter, bis sich schließlich die Länder unter dem Druck einer drohenden Zweitverurteilung und der damit seit dem Vertrag von Maastricht einhergehenden Verurteilung zu Zwangsgeldern[224] gezwungen sahen, die von der Kommission als schützenswert eingestuften Flächen im Herbst 2006 zu melden.[225]

Auch die Meldung von Vogelschutzgebieten verlief zunächst nicht zufriedenstellend. Bemerkenswerterweise wurde erst im Jahr 2009 unter dem Eindruck von aufgrund eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens vorgenommenen Nachmeldungen[226] durch die Kommission von einem hinreichenden Gebietsbestand ausgegangen.[227]

Was die Unterschutzstellung der Gebiete betrifft, bedingt eine Beurteilung der Maßnahmen in der Bundesrepublik Deutschland, zunächst die Frage nach den an diese zu stellenden Anforderungen eingehend zu beantworten. Allgemein kann aber an dieser Stelle festgehalten werden, dass erst 2010 das Vogelschutzgebiet „Borkum Riff“ als bislang letztes Vogelschutzgebiet im zu untersuchenden deutschen Meeresbereich durch Erlass einer entsprechenden Verordnung unter

---

[222] Sowohl zu den Verzögerungen bei der Ausarbeitung des Meldeformulars als auch der Meldepraxis näher EuGH, Urt. v. 11.9.2001, Rs. C-71/99, Slg. I-5811, Rn. 11 ff.

[223] EuGH, Urt. v. 11.9.2001, Rs. C-71/99, Slg. I-5811.

[224] Siehe heute Art. 260 Abs. 2 AEUV; vgl. dort aber jetzt auch Abs. 3, der im Zusammenhang mit Verstößen gegen Umsetzungspflichten auch die Möglichkeit eröffnet, ohne vorhergehende Verurteilung eine entsprechende Sanktion zu verhängen.

[225] Pressemitteilung der Kommission v. 29.10.2009 (IP/09/1651); das entsprechende Vertragsverletzungsverfahren der Kommission wurde unter der Nr. 1995/2225 geführt.

[226] Das entsprechende Vertragsverletzungsverfahren der Kommission wurde unter der Nr. 2001/5117 geführt.

[227] *Krause/Wollny-Goerke/Boller u.a.,* NuL 2011, 397 (397).

Schutz gestellt wurde[228] und dass sich die Unterschutzstellung einiger aufgrund der Mechanismen der FFH-RL für schutzwürdig befundener Gebiete noch im Prozess befindet.[229]

Übergeordnet ist bereits anhand dieser rudimentären Bezugspunkte erkennbar, dass diese Verzögerungen dem anvisierten Ziel eines massiven Aufbaus einer Windenergienutzung im Meeresbereich potenziell abträglich waren, da es anerkanntermaßen lange Zeit an einer hinreichend belastbaren Identifizierung der maßgeblichen Konfliktbereiche selbst fehlte. Neben erkennbaren Unsicherheiten bei Projektträgern, Behörden und Naturschützern führte dieses praktisch auch dazu, dass umfangreichen Forschungsanstrengungen zur Einordnung des Zielkonflikts zwischen dem Flächenschutzsystem und einer regenerativen Energieerzeugung nicht die Faktenlage zugrunde gelegt werden konnte, die nach zwischenzeitlichen Zielsetzungen längst hätte geschaffen werden sollen.[230]

I. Die Zulassung von Offshore-Windkraftvorhaben

Die Verwirklichung von Offshore-Windenergieprojekten mit dem Ziel, den Wind im Meeresbereich zur Stromerzeugung zu nutzen, ist bereits in tatsächlicher Hinsicht ein äußerst komplexes Vorhaben. Besonders präsent ist naheliegenderweise die Errichtung der eigentlichen Windenergieanlagen, nebst parkinterner Verkabelung und weiterer Nebeneinrichtungen[231], selbst. Damit eine Anlage jedoch in Betrieb gehen kann, sind augenscheinlich weitere Schritte erforderlich, bedingt dieses doch, die erzeugte Energie von einem Umspannwerk auf See zu einem Umspannwerk an Land zu transportieren. Weiterhin sollte diese dann im Idealfall in die Ballungszentren weitergeleitet werden.[232]

Dieses wird jeweils von zahlreichen Rechtsfragen und auch der Notwendigkeit der Einholung weiterer Genehmigungen begleitet, wobei sich die Genehmigungslage bedingt durch die sich aus der Zonierung der Meere ergebenden unterschiedlichen Rechtsregime noch stärker aufspaltet.[233] Beispielsweise besteht für ein in der AWZ beginnendes, aber auch durch das Küstenmeer führendes Kabel zur Ableitung des Stroms für den im Küstenmeer liegenden Kabelteil das Erfordernis einer Planfeststellung nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 EnWG.[234]

---

[228] Nds. MBl. 2010, S. 897.

[229] Siehe *Krause/Wollny-Goerke/Boller u.a.,* NuL 2011, 397 (403).

[230] Siehe nur „Ökologische Begleitforschung zur Windenergienutzung im Offshore-Bereich", *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 1.

[231] Dazu *Zabel,* NordÖR 2012, 263 (263 f.).

[232] Zu der Vielzahl an mit diesem Fragenkreis verbundenen Rechtsfragen vgl. nur *Wustlich,* ZUR 2007, 122 (124 ff.).

[233] Zu Problemen in der Praxis *Knauer,* Der Spiegel 2/2005, 10.1.2005, Spargel am Horizont, S. 62 (63).

[234] Energiewirtschaftsgesetz v. 7.7.2005 (BGBl. I, S. 1970), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 des Gesetzes v. 4.10.2013 (BGBl. I, S. 3746).

Nicht zuletzt im Interesse eines zügigen Ausbaus der Offshore-Windenergienutzung in der Bundesrepublik Deutschland hat der Gesetzgeber Offshore-Windparkplaner von derartigen Fragen deutlich entlastet. Durch die mit § 17 Abs. 2a S. 1 EnWG im Jahr 2006 eingeführte Regelung[235] werden die Betreiber von Übertragungsnetzen, in deren Regelzone die Netzanbindung von Offshore-Anlagen im Sinne des § 3 Nr. 9 EEG erfolgen soll, zu der Errichtung und dem Betrieb der Leitungen von dem Umspannwerk der Offshore-Anlagen bis zu dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt des nächstgelegenen Übertragungs- oder Verteilernetzes verpflichtet. Die Aufgabe der Ableitung des erzeugten Stroms ist durch diese Ausdehnung des Energieversorgungsnetzes bis zu der unmittelbar in Standortnähe der Windparks gelegenen sog. Steckdose im Meer nicht mehr von den Betreibern der Windparks zu schultern.

Den damit eingeschlagenen Weg hat der Gesetzgeber nun durch die Neuregelungen in den §§ 17b ff. EnWG n.F.[236] fortgeschrieben, die Perspektive jedoch von den Einzelvorhaben gelöst und die Netzausbaupflicht des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers an den Vorgaben eines nach § 17b EnWG aufzustellenden Offshore-Netzentwicklungsplans ausgerichtet, wie § 17d Abs. 1 S. 1 EnWG ausdrücklich festhält.[237]

In Anlehnung an diese Verlagerung wird sich im Folgenden allein der Zulassung der Errichtung und des Betriebs der eigentlichen Windkraftanlagen zugewendet.

Aus der Zugehörigkeit des Küstenmeeres zum Staatsgebiet folgt, entsprechend der Rechtslage für Windparks an Land, dass die Errichtung und der Betrieb eines Offshore-Windparks die Durchführung eines förmlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens nach § 10 BImSchG voraussetzt, das schließlich in die Genehmigung der Errichtung und des Betriebs nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG mündet. Die Möglichkeit eines vereinfachten Verfahrens nach § 19 BImSchG ist dagegen regelmäßig verwehrt, da die auf der Hand liegende Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung für derartig dimensionierte Vorhaben diesen Weg versperrt.[238] Die Voraussetzungen, unter denen die Genehmigung im Wege einer gebundenen Entscheidung zu erteilten ist, regelt § 6 Abs. 1 BImSchG.

---

[235] Durch Art. 7 Nr. 3 des Gesetzes zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben v. 9.12.2006, BGBl. I, S. 2833, aufgehoben durch Art. 1 Nr. 14 lit. b des Gesetzes v. 20.12.2012 (BGBl. I, S. 2730); beachte auch § 118 Abs. 12 EnWG n.F.

[236] Eingefügt durch Art. 1 Nr. 15 des Gesetzes v. 20.12.2012 (BGBl. I, S. 2730).

[237] Zu Einzelheiten der Neuregelung sei auf *Legler,* EWeRK 2013, 5 (5 ff.) verwiesen.

[238] Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. c der 4. BImSchV (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen v. 2.5.2013, BGBl. I, S. 973) i.V.m. § 3 ff. UVPG (Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung v. 24.2.2010 (BGBl. I, S. 94), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 25.7.2013, BGBl. I, S. 2749) i.V.m. Nr. 1.6. der Anlage zu diesem Gesetz.

Maßgeblich für die Anlagenzulassung im Bereich der AWZ ist dagegen die SeeAnlV. Diese wurde im Jahr 2012 hinsichtlich des für Offshore-Windkraftanlagen relevanten Anlagenzulassungsverfahrens grundlegend novelliert.[239] Mit Blick auf die Regelung in § 17 Abs. 2 und 3 der SeeAnlV n.F. ist die bis zum 30. Januar 2012 in Kraft befindliche Fassung der SeeAnlV[240] jedoch auch weiterhin für eine Vielzahl an Genehmigungsverfahren für Offshore-Windkraftvorhaben von Bedeutung. Darüber hinaus ist das bisherige Genehmigungsregime für das Verständnis bereits zuvor erteilter Genehmigungen und deren rechtliche Einordnung unabdingbar.

Das Genehmigungsverfahren war bis zum Beginn des Jahres 2012 in § 5 SeeAnlV a.F. vergleichsweise schlicht geregelt. Mit Blick auf den zu bewältigenden Umfang und die Beteiligung zahlreicher anderer Behörden, der Träger öffentlicher Belange sowie der Öffentlichkeit im Interesse der Verfahrensökonomie und der allgemeinen Akzeptanz auch jenseits des in §§ 2a und 6 SeeAnlV a.F. angesprochenen Umfangs[241] wurde aber bereits seinerzeit das Genehmigungsverfahren in der Praxis in mehreren Phasen abgearbeitet, an deren Ende nach regelmäßig mehrjähriger Verfahrensdauer die Entscheidung über den Antrag stand.[242] In § 3 S. 1 SeeAnlV a.F. hatte der Verordnungsgeber abschließend die Gründe benannt, aus denen die Genehmigung versagt werden durfte. Auch diese Entscheidung war daher als gebundene ausgestaltet.[243]

Durch die Neufassung der SeeAnlV wurde das besondere Regime der SeeAnlV verfestigt und fortgeschrieben. Kernelement ist die Einführung einer Planfeststellung u.a. für Windkraftanlagen gem. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SeeAnlV n.F.[244] Wurde hierbei einerseits durch gewisse Modifikationen gegenüber den Regelungen der §§ 72 ff. VwVfG[245] in den §§ 2 ff. SeeAnlV n.F. den besonderen Anforderungen an die Anlagenzulassung im Meeresbereich Rechnung getragen,[246] ist andererseits durch die im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens zu erfolgende Abwägung[247] der betroffenen Belange die bisherige

---

[239] Durch Art. 1 der Verordnung v. 15.1.2012 (BGBl. I, S. 112).

[240] SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57), in der Fassung der Änderung durch Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542). Siehe aber ergänzend auch § 17 Abs. 1 der SeeAnlV n.F.

[241] Allgemein zur Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großvorhaben *Mann,* VVDStRL 72 (2013), 544 (559 ff.).

[242] Zum Verfahrensablauf siehe näher: *Dahlke,* NuR 2002, 472 (475 ff.); *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2009, 748 (750); *dies.,* DVBl. 2011, 1460 (1462) sowie *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, Einl., Rn. 37 ff.

[243] *Bönker,* NVwZ 2004, 537 (540).

[244] Zu den Unterschieden der Bewältigung von Großvorhaben durch Vorschaltung eines Anlagenzulassungsverfahrens einerseits sowie eines Planfeststellungsverfahrens andererseits *Mann,* VVDStRL 72 (2013), 544 (548 ff.).

[245] Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.1.2003 (BGBl. I, S. 102), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 25.7.2013 (BGBl. I, S. 2749).

[246] Siehe näher BT-Drs. 17/6077, S. 7 f.

[247] Zum Abwägungsgebot siehe näher Hk-VerwR/*Wickel,* § 74 VwVfG, Rn. 124 ff.; *Dürr,* in: Knack/Henneke, VwVfG, § 74, Rn. 98 ff.

Praxis zu einer umfassenden Abwägung aller wesentlichen Aspekte verfeinert und gesetzlich festgelegt worden. Für diese Entscheidung gelten die nun in § 7 Abs. 1 SeeAnlV n.F. verorteten, aus § 3 S. 1 SeeAnlV a.F. übernommenen Gründe, aus denen allein eine Erlaubnis versagt werden darf, nicht, da sich diese Vorschrift zu den Voraussetzungen der Erteilung einer Genehmigung, nicht aber einer Planfeststellung verhält. Gleichwohl benennt § 5 Abs. 6 SeeAnlV n.F. inhaltlich von diesen Vorgaben nicht wesentlich verschiedene Voraussetzungen,[248] die nach neuer Rechtslage vorliegen müssen, um den Plan feststellen zu dürfen. Zu betonen ist daher, dass der Verordnungsgeber den Spielraum des BSH, das als Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde fungiert (§ 2 Abs. 2 SeeAnlV n.F.), durch im Rahmen der neuen Abwägungsentscheidung bindende Vorgaben erheblich eingeschränkt und beispielsweise hinsichtlich der Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften gem. § 5 Abs. 6 Nr. 3. 2. Alt. SeeAnlV n.F. gar nicht eingeräumt hat.[249] Mit anderen Worten trat also an die Stelle der gebundenen Entscheidung, die letztlich bei Vorliegen der Voraussetzungen aus § 3 S. 1 SeeAnlV a.F. auch einen Anspruch auf Genehmigungserteilung vermittelte, ein Planungsermessen, welches jedoch durch abwägungsfeste Belange eingeschränkt ist, die vom BSH zwingend zu beachten sind.[250]

Die Planfeststellung, die regelmäßig durch einen Planfeststellungsbeschluss erfolgt,[251] ist als Allgemeinverfügung zu qualifizieren.[252] Ihr kommt gem. § 75 Abs. 1 S. 1 VwVfG Genehmigungswirkung zu.[253]

Aufgrund dieser Anknüpfungspunkte ist darauf hinzuweisen, dass die Genehmigung nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG gem. § 13 BImSchG mit einer sog. Konzentrationswirkung ausgestattet ist. Die Genehmigung schließt daher die Baugenehmigung gem. § 59 Abs. 1 NBauO[254], die strom- und schifffahrtspolizeiliche Genehmigung gem. § 31 WaStrG[255] und die wasserrechtliche

---

248 Siehe hierzu *Spieth/Uibeleisen,* NVwZ 2012, 321 (322); der vorliegende Fragenkreis ist von Umstellungen der Belange nicht betroffen.

249 Vgl. zu diesem in neuerer Zeit im Rahmen des Planfeststellungsrechts häufiger zu beobachtenden gesetzgesetzgeberischen Vorgehen näher *Wickel,* ZUR 2011, 115 (118).

250 *Spieth/Uibeleisen,* NVwZ 2012, 321 (322). Siehe auch § 2 Abs. 3 S. 2 SeeAnlV n.F., der sich auf die Regelung in § 36 Abs. 2 VwVfG bezieht, die sich zu Ermessensentscheidungen verhält.

251 Zum Unterschied zwischen Planfeststellungsbeschluss und Plangenehmigung siehe § 74 Abs. 6 VwVfG. Wegen der Regelung in § 5 Abs. 1 SeeAnlV wird eine Plangenehmigung für den hiesigen Fragenkreis regelmäßig ausscheiden.

252 Hk-VerwR/*Wickel,* § 74 VwVfG, Rn. 13.

253 Siehe hierzu weiterführend Hk-VerwR/*Wickel,* § 75 VwVfG, Rn. 9 ff. Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung werden, soweit nicht die durch die verschiedenen Regime hervorgerufenen Unterschiede im Fokus stehen, die Begriffe Genehmigung und Anlagenzulassung auch insoweit teilweise untechnisch als Synonym für die Zulassung des Vorhabens verwendet (vgl. auch § 3a Abs. 2 S. 1 SeeAnlV, der von einem Genehmigungsverfahren spricht).

254 Niedersächsische Bauordnung v. 3.4.2012 (Nds. GVBl., S. 46).

255 Bundeswasserstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.5.2007 (BGBl. I, S. 962), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 158 und Art. 4 Abs. 125 des Gesetzes v. 7.8.2013, BGBl. I, S. 3154).

Genehmigung gem. § 83 i.V.m. § 57 NWG[256] ein. Dieses erlaubt es, sich für den Bereich des Küstenmeeres im Folgenden allein auf die Tragweite des Habitatschutzrechts für Genehmigungen nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG zu konzentrieren.

Der Genehmigung nach § 2 Abs. 1 S. 1 SeeAnlV a.F. kam dagegen keine Konzentrationswirkung zu, wie § 2 Abs. 3 SeeAnlV a.F. ausdrücklich festhielt.

Dieses führte zweifellos zu komplizierten Implikationen anderer Rechtsbereiche.[257] Klarzustellen ist jedoch, dass bei Ausklammerung der äußerst strittigen und komplizierten Frage, ob die Genehmigung der entsprechenden Seekabel auf der Grundlage von § 133 Abs. 4 BBergG[258] oder § 2 SeeAnlV a.F. zu erfolgen hatte[259], unter dem Eindruck der in § 17 Abs. 2a EnWG seit 2006[260] gefundenen Lösung aufgrund des räumlichen Geltungsbereichs der zuvor für den Bereich des Küstenmeeres benannten Bundes- oder Landesgesetze die Erforderlichkeit weiterer Genehmigungen im Sinne einer Anlagenzulassung schon bisher nicht ersichtlich war.[261] Auch Zustimmungen nach § 6 SeeAnlV a.F. oder beispielsweise auch der Luftfahrtbehörde im Rahmen des Genehmigungsverfahrens waren nur als verwaltungsinterner Vorgang zu qualifizieren.[262]

Im Anschluss an die Neufassung des BNatSchG im Jahr 2010[263] ist die als unnötige Splittung von Zuständigkeiten identifizierte Rechtslage[264] durch die Einführung einer Planfeststellung für Offshore-Windkraftanlagen in der AWZ gem. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SeeAnlV n.F. angepasst worden. Wegen der hiermit nach § 75 Abs. 1 S. 1 HS 2 VwVfG verbundenen Konzentra-

---

256 Niedersächsisches Wassergesetz, v. 19.2.2010 (Nds. GVBl., S. 64), zuletzt geändert durch § 87 Abs. 3 des Gesetzes v. 3.4.2012 (Nds. GVBl., S. 46). Bei der Genehmigung des Windparks „Nordergründe" waren noch § 133 i.V.m. § 91 des Niedersächsischen Wassergesetzes in der Fassung v. 25.7.2007 (Nds. GVBl., S. 345) maßgeblich.

257 Hierzu *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 2, Rn. 51 ff.; *Kahle,* ZUR 2004, 80 (84 ff.).

258 Bundesberggesetz v. 13.8.1980 (BGBl. I, S. 1310), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 92 und Art. 4 Abs. 71 des Gesetzes v. 7.8.2013, BGBl. I, S. 3154.

259 Siehe hierzu näher *Wolf,* ZUR 2004, 65 ff.; *Pfeil/Töpfer,* NordÖR 2011, 373 (377 f.); eine Klarstellung erfolgte durch die Einfügung von § 1 Nr. 10a SeeAufgG (Seeaufgabengesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 26.7.2002 (BGBl. I, S. 2876), nunmehr zuletzt geändert durch Art. 16 Abs. 20 des Gesetzes v. 19.10.2013 [BGBl. I, S. 3836]) durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 3069); siehe näher BT-Drs. 17/6077, S. 7 sowie kritisch *Zabel,* NordÖR 2012, 263 (264).

260 Eingefügt durch Art. 7 Nr. 3 des Gesetzes zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben v. 9.12.2006 (BGBl. I, S. 2833). Die Regelung wurde durch Art. 1 Nr. 14 lit. b des Gesetzes v. 20.12.2012 (BGBl. I, S. 2730) aufgehoben; siehe jetzt die §§ 17b ff. EnWG n.F. (eingefügt durch Art. 1 Nr. 15 des Gesetzes v. 20.12.2012 [BGBl. I, S. 2730]).

261 Vgl. *Hendrischke,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 58 Rn. 8; ähnlich auch bereits *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2009, 748 (750).

262 *Bönker,* NVwZ 2004, 537 (542).

263 Durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2542.

264 Vgl. hierzu BT-Drs. 17/6077, S. 5; *v. Daniels/Uibeleisen,* ZNER 2011, 602 (603); *BfN,* Presshintergrundinformation, Januar 2011, S. 1.

tionswirkung[265] ist nunmehr also auf jeden Fall unproblematisch, dass die Geltung fast aller Vorschriften des BNatSchG gem. § 56 BNatSchG auf den Bereich der AWZ erstreckt wurde und dass das BfN hiermit einhergehend gem. § 58 Abs. 1 S. 1 BNatSchG für die Erteilung von Befreiungen nach § 67 Abs. 1 BNatSchG bzw. Ausnahmen nach § 30 Abs. 3 BNatSchG zuständig geworden ist.[266]

J. Die Berücksichtigung des Habitatschutzrechts im Anlagenzulassungsverfahren

Bereits die einleitend nachgezeichnete Diskussion führt zu der Erkenntnis, dass sich die Tragweite der Errichtung des Natura-2000-Netzwerks keineswegs in der Steuerungswirkung durch die vergütungsrechtlichen Folgen des § 31 Abs. 5 EEG erschöpft. Die Sichtung des BImSchG und der SeeAnlV zeigt jedoch, dass diese keine ausdrücklichen Hinweise zu den Schutzgewährleistungen des Natura-2000-Netzwerks enthalten. Umgekehrt erschließt sich aber auch aus den Maßgaben des BNatSchG in den §§ 31 ff. allein nicht unmittelbar, wie diesen zur Realität verholfen werden soll, so dass auch die Beachtlichkeit im Anlagenzulassungsrecht nicht ohne Weiteres klar zu Tage tritt. Daher fragt sich, ob und auf welche Weise das Habitatschutzrecht bei der Genehmigung von Offshore-Windparks grundsätzlich Berücksichtigung zu finden hat und wie die hierfür erforderliche Verknüpfung zum Anlagenzulassungsrecht hergestellt werden kann.

Ausgehend davon, dass auf unionsrechtlicher Ebene in Art. 6 Abs. 3 und 4 (gegebenenfalls i.V.m. Art. 7) der FFH-RL für Projekte und Pläne spezielle Regelungen geschaffen wurden, lässt sich stark vereinfacht davon sprechen, dass eine Prüfung der Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen des Natura-2000-Gebiets durchzuführen ist, die bei einer erheblichen Beeinträchtigung des Gebiets das Projekt oder den Plan grundsätzlich als unzulässig darstellt.

Diese Gewährleistung kommt folglich bei Offshore-Windkraftvorhaben im niedersächsischen Küstenmeer und der deutschen AWZ in der Nordsee nur zum Tragen, wenn diese als Projekte zu qualifizierende Maßnahmen darstellen. Mangels Begriffsdefinition in der FFH-RL wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH[267] auf den in Art. 1 Abs. 2 UVP-RL[268] enthaltenen

---

[265] Siehe *Schmälter,* in: Danner/Theobald, Energierecht, X B 44, Einf. SeeAnlV, Rn. 14. Zu beachten ist jedoch, dass bereits erteilte Genehmigungen und noch im Verfahren befindliche Genehmigungen dagegen gem. § 17 Abs. 2 bis 3 der SeeAnlV n.F. i.V.m. § 2 Abs. 3 SeeAnlV in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542) nicht mit einer Konzentrationswirkung ausgestattet sind bzw. werden.

[266] Zu diesen Regelungen sind die grundsätzlichen kritischen Anmerkungen unter 5. Kapitel, C., III. zu beachten.

[267] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 24 – Muschelfischer.

[268] Richtlinie 85/337/EWG v. 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EG Nr. L 175 v. 5.7.1985, S. 40.

Projektbegriff zurück-gegriffen.[269] Nach dieser Vorschrift sind als Projekte „die Errichtung von baulichen oder sonstigen Anlagen“ oder „sonstige Eingriffe in Natur und Landschaft einschließlich derjenigen zum Abbau von Bodenschätzen“ einzuordnen. Die Windkraftanlagenerrichtung im Meer ist daher ein Projekt im Sinne des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL.[270] Zwanglos ist trotz der eher kursorischen Regelung auch davon auszugehen, dass der Projektbegriff den Betrieb der Anlagen selbst umfasst, da erreicht werden soll, dass „Tätigkeiten, die die Umwelt beeinträchtigen könnten“, vor Genehmigungserteilung auf ihre Verträglichkeit überprüft werden.[271] Diese Voraussetzungen sind aufgrund der dargestellten schutzgebietsrelevanten Qualität des Betriebs der Windparks[272] gegeben, so dass der bestimmungsgemäße Betrieb in diesem Zusammenhang entweder bereits sinnfällig als von der bezeichneten Anlagenerrichtung mit umfasst angesehen werden kann oder als sonstiger Eingriff in Natur und Landschaft einzuordnen ist.

Die Errichtung und der Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen sind daher grundsätzlich der in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL vorgesehenen Prüfung zu unterziehen. Die Umsetzung der Richtlinienvorgabe erfolgt bundesrechtlich in § 34 Abs. 1 BNatSchG. Diese Vorschrift beansprucht gem. § 56 Abs. 1 BNatSchG im gesamten Meeresbereich Geltung. Im Ergebnis war dieses auch bereits unter dem Regime des BNatSchG aus dem Jahr 2002[273] nicht anders geregelt. Während § 34 dieses BNatSchG im Bereich des Küstenmeeres ohne Weiteres Anwendung fand[274], bedurfte es hinsichtlich des Bereichs der AWZ des Wegs über § 38 Abs. 1 in dieser seit 2002 geltenden Fassung des BNatSchG. Umgekehrt lässt sich festhalten, dass es bei der Genehmigung des Windparks „Alpha Ventus“ zumindest an einer ausdrücklichen Erstreckung des Geltungsanspruchs des § 19c Abs. 1 des BNatSchG aus dem Jahr 1998[275] auf den Bereich der AWZ fehlte.

Zur normativen Verankerung der Verpflichtung zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL und der Pflicht, sich etwaiger Zulassungen gem. Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL unter den dort bestimmten Umständen zu enthalten, wurden die Verträglichkeitsprüfung und die Verträglichkeitsbewertung in § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG als Zulassungstatbestand ausgestaltet.[276]

---

[269] *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (113); *Steck/Lau,* NVwZ 2008, 854 (855).

[270] Ebenso: *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 3.

[271] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 26 – Muschelfischer.

[272] Siehe 1. Kapitel, E., III.

[273] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

[274] Insoweit beinhaltet § 56 Abs. 1 BNatSchG daher nur eine Klarstellung, BT-Drs. 16/12274, S. 73.

[275] BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

[276] *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (69); siehe auch BVerwG 128, 1 (Rn. 40) sowie allgemein *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Ränsch, BNatSchG, § 34, Rn. 26; *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (70).

Sind daher diese Maßgaben im eigentlichen Anlagenzulassungsverfahren als Trägerverfahren zu berücksichtigen, muss umgekehrt im eigentlichen Zulassungsrecht eine Schnittstelle mit diesem Zulassungstatbestand zu identifizieren sein.

I. § 34 BNatSchG als sonstige öffentlich-rechtliche Vorschrift im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG

Wenngleich auch bereits im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Pflichtenlage im eigentlichen Sinn mit Blick auf die Begriffsdefinition in § 3 Abs. 2 BImSchG Einwirkungen auf Tiere und Pflanzen zu berücksichtigen sind, sind die heute in den §§ 31 ff. BNatSchG niedergelegten Vorschriften zum habitatschutzrechtlichen Gebietsschutz nach allgemeiner Ansicht als andere öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zu beachten, wobei der nach § 34 Abs. 1 BNatSchG durchzuführenden Verträglichkeitsprüfung besondere Relevanz zukommt.[277]

Ist im Bereich des Küstenmeeres eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erforderlich, ist jedoch zu berücksichtigen, dass sowohl für den Windpark „Nordergründe“ als auch den Windpark „Riffgat“ bereits in den beiden Vorbescheiden über die Verträglichkeit des jeweiligen Vorhabens als einzelne Genehmigungsvoraussetzung abschließend befunden wurde[278], deren rechtliche Grundlagen grundsätzlich[279] die in § 36, § 34 Abs. 1 und 2 des BNatSchG in der Fassung aus dem Jahr 2002[280] enthaltenden Vorgaben bildeten. In diesem Zusammenhang festgelegte Nebenbestimmungen wurden in die Genehmigungsbescheide übernommen.[281]

---

[277] *Jarass,* BImSchG, § 6, Rn. 29; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 6 BImSchG, Rn. 46, *Wirths,* ZUR 2000, 190 (195); *Scheidler,* DVBl. 2012, 216 (217).

[278] Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 15.11.2007, Az. 06-074-01, S. 2; Gleiches gilt auch für den Windpark „Riffgat“, ungeachtet gegebenenfalls ohnehin schwieriger Abgrenzungsfragen (hierzu *Jarass,* BImSchG, § 9, Rn. 4), trotz der Bezeichnung des Vorbescheids als „Standortvorbescheid“ (siehe Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 22.1.2008, Az. 06-101-01, S. 18).

[279] Siehe hierzu 3. Kapitel, B., VII.

[280] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193. Die Änderungen gem. Art. 1 Nr. 4 und 5 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 12.12.2007 (BGBl. I, S. 2873) traten gem. dessen Art. 3 S. 1 erst am 17.6.2008 in Kraft.

[281] Nebenbestimmung Nr. 1.2 der Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 29.9.2010 (Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Az. 09-135-01) und Nebenbestimmung Nr. 1.3 der Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 31.10.2008 (dass., Az. 07-198-01).

II. Bedeutung und Tragweite habitatschutzrechtlicher Fragen im Raumordnungsverfahren

Dem Verfahren nach § 10 BImSchG war ein Raumordnungsverfahren gem. § 12 ff. NROG[282] vorgeschaltet.

Zweck der Raumordnungsverfahren war, raumbedeutsame Maßnahmen mit den Erfordernissen der Raumordnung[283] und untereinander abzustimmen.[284] Diente das Verfahren daher der Verwirklichung und Sicherung der Raumordnungspläne, ist festzustellen, dass das hierüber hinausgehende sehr spezielle Rechtsregime des Habitatschutzrechts im Rahmen des Raumordnungsverfahrens nicht abschließend gewürdigt wurde. Stattdessen wurde die Maßgabe erlassen, im nachfolgenden Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen.[285]

Die – wenngleich untechnische – Einschätzung, mit der Landesplanerischen Feststellung zum Windpark „Nordergründe“ seien die „Anlagen in der Außenweser quasi genehmigt”, verbunden mit dem Vorwurf, dass dieses aus Gründen des Vogelschutzes nicht hinnehmbar sei[286], vermittelt daher nicht nur in der Sache eine falsche Vorstellung von der Anlagenzulassung im Küstenmeer. Vielmehr führt eine solche Kritik an der Landesplanerischen Feststellung mit der Begründung einer abweichenden ökologischen Bewertung ins Leere, da die einschlägige Überprüfung zum einen angemahnt wurde und zum anderen erst folgt. Entsprechend ist auch die Klarstellung in Abschnitt 4.2, Ziffer 05 S. 11 LROP[287], nach der die Festlegung der Eignungsgebiete nicht von einer Verpflichtung nach § 34 BNatSchG entbindet, zu begrüßen, da sie dem noch weiter gehenden Missverständnis vorbeugt, aus raumordnungsrechtlichen Gründen könne eine Prüfung insgesamt entfallen.

III. Integration des Habitatschutzrechts über § 5 Abs. 6 Nr. 3 SeeAnlV

§ 3 SeeAnlV in der bis zum 30. Januar 2012 geltenden Fassung[288] regelte die Voraussetzungen, unter denen eine Genehmigung für Anlagen im Bereich der

---

[282] Niedersächsisches Gesetz über Raumordnung und Landesplanung, seinerzeit galt das NROG v. 18.5.2001, Nds. GVBl., S. 301, nach mehrfacher Änderung neu bekannt gemacht am 7.6.2007, Nds. GVBl., S. 224.

[283] Zu diesem Begriff siehe § 3 Abs. 1 Nr. 1 ROG.

[284] Vgl. bereits § 12 Abs. 1 Nr. 1 und 2 NROG in der Fassung der Bekanntmachung v. 7.6.2007, Nds. GVBl., S. 224.

[285] Landesplanerische Feststellung zum Offshore-Windpark „Nordergründe“, durch die Bezirksregierung Lüneburg v. 12.12.2003 (Az. 20223/9-28), Ziffer 1.2. Maßgabe Nr. 3 sowie die Landesplanerische Feststellung zum Offshore-Windpark „Riffgat“, durch die Regierungsvertretung Oldenburg v. 9.3.2006 (Az. RV OL 1.13-32346/4-2/7), Ziffer 2 Nr. 2.

[286] Pressemitteilung des *WWF* v. 17.12.2003.

[287] Eingefügt durch Art. 1 der Verordnung zur Änderung der Verordnung über das Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen v. 24.9.2012, Nds. GVBl., S. 350.

[288] SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

AWZ versagt werden durfte. Bestand daher auch diesbezüglich ein Bedürfnis, die habitatschutzrechtlichen Anforderungen in den Versagungsgründen zu verorten, erschwerten die Formulierung und der Gehalt der Versagungsgründe lange Zeit und bei einem Großteil der bisher erteilten Genehmigungen die notwendige Verknüpfung.

Grundsätzlich bot sich an, die Verbindung zu dem speziellen Schutzregime des Habitatschutzrechts, das nach § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG anhand von eigenen, losgelösten Maßstäben zur Unzulässigkeit eines Projekts führen kann, über den Versagungsgrund der „Gefährdung der Meeresumwelt“ in § 3 S. 1 2. Alt. SeeAnlV a.F.[289] zu leisten. Dieses unterlag jedoch von Beginn an aus zwei Gründen Zweifeln.

§ 3 S. 1 2. Alt. SeeAnlV a.F. knüpfte an eine Gefährdung der Meeresumwelt an. Als Gefahr wird nach allgemeinem Verständnis im Polizei- und Ordnungsrecht eine Sachlage angesehen, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) eintreten wird.[290]

Hinzuzunehmen ist allerdings, dass § 3 S. 2 SeeAnlV a.F. durch eine beispielhafte Aufzählung konkretisierte, in welchen Fällen ein Versagungsgrund nach § 3 S. 1 SeeAnlV anzunehmen war. Nach § 3 S. 2 Nr. 3 SeeAnlV a.F. lag ein Versagungsgrund mithin auch bei der Besorgnis einer Verschmutzung der Meeresumwelt vor. Für die damit ins Spiel gebrachte Besorgnisschwelle ist jedoch nach allgemeinem Verständnis keine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts erforderlich. Es genügt alleine die Möglichkeit des Schadenseintritts, die schon dann zu bejahen ist, wenn nach den vorliegenden Umständen die prognostizierte Möglichkeit nicht zurückweisbar ist.[291] Es ist daher festzustellen, dass sich das eigentlich der Konkretisierung dienende in § 3 S. 2 Nr. 3 SeeAnlV a.F. genannte Beispiel nach tradiertem Begriffsverständnis außerhalb des von dem Versagungsgrund gesetzten Rahmens bewegte. Dieses hat das Verständnis des Versagungsgrundes der Gefährdung der Meeresumwelt mit erheblichen Unsicherheiten belastet.[292]

Zum anderen war selbst unter diesen Voraussetzungen davon auszugehen, dass letztlich bei der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen im Meeresbereich von einiger Größe stets eine Gefährdung der Meeresumwelt zu erwarten ist. Die

---

289 SeeAnlV v. 23.1.1997, BGBl. I, S. 57. Auf die Verlagerungen infolge der Änderungen durch Art. 1 Nr. 2 der Verordnung v. 15.7.2008 (BGBl. I, S. 1296) wird im Interesse der Lesbarkeit nicht jeweils hingewiesen. Die Darstellung der inhaltlichen Auswirkungen erfolgt an geeigneter Stelle.

290 Näher *Mann,* in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 463 ff.; konkret zum Begriff in § 3 der SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) auch *Dahlke,* NuR 2002, 472 (474) und *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 3, Rn. 52.

291 *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 3, Rn. 29; *Gellermann,* in: ders./Stoll/Czybulka, Handbuch des Meeresnaturschutzrechts, § 9 B IV. 1. a) aa).

292 Ausführlich *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 3, Rn. 29 ff.

Errichtung von Anlagen sollte durch die SeeAnlV jedoch nicht grundsätzlich verhindert werden, sondern durch Gebrauchmachen von der im SRÜ eingeräumten Rechtsposition gerade ermöglicht werden.[293]

Bei dieser unklaren Ausgangslange fiel es entsprechend schwer, nun die nochmals mit erheblichen Besonderheiten befrachteten habitatschutzrechtlichen Anforderungen in den Versagungsgrund der Meeresumwelt zu integrieren. Zurückkommend darauf, dass die nach § 34 Abs. 1 BNatSchG zu ermittelnde Verträglichkeit des Projekts als Zulassungstatbestand zu verstehen ist, ist jedoch mit Blick auf die insofern rudimentär gehaltenen Regelungen in § 34 BNatSchG und § 3 SeeAnlV a.F. festzustellen, dass für die Verwirklichung der Maßgabe der nationalen Umsetzung in § 34 Abs. 2 BNatSchG der Unzulässigkeit des Projekts allein die Möglichkeit der Annahme eines Versagungsgrundes aufgrund einer Gefährdung der Meeresumwelt bestand. Das heißt, dass sich mangels anderweitiger Möglichkeit im Umkehrschluss daraus, dass die Verträglichkeitsprüfung nicht als eigenständiges Verfahren ausgestaltet wurde, ergab, dass diese auch im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach der SeeAnlV a.F. zu erfolgen hatten, wobei sich in der Sache der Versagungsgrund der Gefährdung der Meeresumwelt anbot. Mit Blick auf die in Rede stehenden Besorgnis- und Gefährdungsschwellen erforderte dieses entsprechend dem habitatschutzrechtlichen Schutzregime gegebenenfalls eine hiervon losgelöste richtlinienkonforme Auslegung des Versagungsgrundes der Gefährdung der Meeresumwelt.[294]

Zusammenfassend war daher das Habitatschutzrecht über § 3 S. 1 2. Alt. SeeAnlV a.F. bei der Anlagenzulassung im Bereich der AWZ zu beachten.

Erst durch den in § 3 S. 1 Nr. 2 2. Alt SeeAnlV a.F. im Jahr 2008 eingefügten Begriff der sonstigen überwiegenden öffentlichen Belange[295] hat der Verordnungsgeber diese Problematik schließlich entschärft, da jedenfalls über diesen offen gefassten Versagungsgrund die notwendige Verknüpfung hergestellt werden konnte.[296] Nichts anderes gilt auch mit Blick auf die nun in § 5 Abs. 6 Nr. 3. 2. Alt. SeeAnlV n.F. formulierte Voraussetzung der Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften.

Hingewiesen sei mit Blick auf die nach den Änderungen des BNatSchG im Jahr 2010[297] ins Gespräch gebrachte angebliche Zuständigkeit des BfN für die Genehmigung von Offshore-Windkraftanlagen[298] darauf, dass aus der Aus-

[293] *Nebelsieck,* Rechtsgutachten 2001, S. 15.

[294] *Nebelsieck,* Rechtsgutachten 2001, S. 25, der von einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung spricht, die heute als unionsrechtskonforme Auslegung zu bezeichnen wäre.

[295] § 3 S. 1 Nr. 2 2. Alt SeeAnlV a.F. wurde durch Art. 1 Nr. 2 der Verordnung v. 15.7.2008 (BGBl. I, S. 1296) eingefügt.

[296] *Gellermann,* in: ders./Stoll/Czybulka, Handbuch des Meeresnaturschutzrechts, § 9 B IV. 2. b) aa).

[297] Durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2542.

[298] Zur Klarstellung der Unrichtigkeit dieser verfehlten Lesart der gesetzlichen Grundlagen sah sich das BfN zur Veröffentlichung einer Pressemitteilung (BfN kritisiert fehlerhafte Berichterstattung zur Genehmigung von Offshore Windkraftanlagen, Bonn, 15.7.2010) veranlasst. Zur richtigen

gestaltung als Zulassungstatbestand zugleich folgt, dass eine Zuständigkeit des BfN nach § 58 Abs. 1 S. 1 BNatSchG insoweit zu verneinen war und stattdessen eine anders bestimmte Zuständigkeit des BSH nach § 2 Abs. 1 S. 1 SeeAnlV a.F. als Bundeshörde im Rahmen der Projektzulassung bestand.[299] Dieses folgte letztlich auch aus einem Umkehrschluss aus § 34 Abs. 6 S. 1 BNatSchG.[300] Nichts anderes galt auch schon nach § 38 Abs. 2 S. 2 des BNatSchG aus dem Jahr 2002.[301]

Die Neufassung der SeeAnlV im Jahr 2012 führte dagegen im Hinblick auf diese Fragenkreise nicht mehr zu besonders tiefgreifenden Fortentwicklungen. Zu betonen ist allerdings, dass bereits allgemein anerkannt ist, dass auch im Planfeststellungsverfahren das Verträglichkeitsregime als Zulassungstatbestand aufzufassen und keiner planerischen Abwägung zugänglich ist.[302] Dieses gilt für die Maßgeblichkeit des Habitatschutzrechts im Planfeststellungsverfahren zur Genehmigung der Offshore-Windkraftanlagen nach neuem Recht umso mehr, da die habitatschutzrechtlichen Vorgaben über das abwägungsfeste Merkmal der Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften in § 5 Abs. 6 Nr. 3. 2. Alt. SeeAnlV zu beachten sind.

K. Das Verhältnis der UVP zum unionsrechtlichen Habitatschutzrecht

Aus der Vielzahl an weiteren für die Errichtung von Offshore-Windparks relevanten unionsrechtlichen Sekundärrechtsnormen bedarf die UVP-RL gesonderter Erwähnung.

Auch Art. 3 der UVP-RL knüpft an Fauna und Flora an und verpflichtet zur Beschreibung und Bewertung der Auswirkungen des Projekts auf diese sowie die Umweltmedien Luft, Wasser und Boden. Begrifflich, aber auch inhaltlich stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis der UVP zum Habitatschutzrecht, dessen Herzstück nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 (gegebenenfalls i.V.m. Art. 7) FFH-RL ebenfalls eine sog. Verträglichkeitsprüfung ist, insbesondere da der UVP ausweislich § 9 SeeAnlV besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird. Zwischen beiden Prüfungen ist streng zu unterscheiden.

Einordnung des § 59 Abs. 1 BNatSchG siehe *Czybulka,* NuL 2011, 419 (422) sowie *Hendrischke,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 58 Rn. 8.

299 Siehe schon BT-Drs. 16/12274, S. 74.

300 Genehmigung des BSH v. 4.4.2012, Offshore-Windpark „Nordsee One“, S. 98.

301 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193. Weiterhin war zu bedenken, dass nach den Regelungen dieses Gesetzes gem. § 11 S. 2 für Bundesbehörden § 34 bei Entscheidungen über Projekte unmittelbar galt; siehe hierzu aber auch *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 11 Rn. 14.

302 Hk-VerwR/*Wickel,* § 74 VwVfG, Rn. 114.

Dieses ergibt sich zunächst aus den unterschiedlichen Bindungswirkungen der Ergebnisse der Prüfungen. Während die Ergebnisse der UVP gem. Art. 8 der UVP-RL bzw. § 12 UVPG bei der Entscheidung über die Zulassung nur zu berücksichtigen sind, kennzeichnet Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 2 BNatSchG dagegen ein Vorhaben unter den dort niedergelegten Umständen grundsätzlich als unzulässig. Folglich ist die Tragweite der Erkenntnisse der Prüfungen verschieden. Ohne an dieser Stelle auch die zu Tage tretenden unterschiedlichen Bezugspunkte der Prüfungen im Einzelnen gegenüberstellend auszuarbeiten, ist weiterhin festzustellen, dass die UVP gegenüber der Verträglichkeitsprüfung des Habitatschutzrechts auch darauf gerichtet ist, für weitere Güter Abwägungsmaterial zu erarbeiten.[303]

Im Ergebnis sind damit nicht nur Versuchen, die UVP als einheitliches Trägerverfahren zu implementieren, Grenzen gesetzt[304], sondern es ist auch umgekehrt keine Integration der UVP in die FFH-Verträglichkeitsprüfung möglich. Es ist den Mitgliedstaaten jedoch unbenommen, durch die Ermittlung und Bewertung der Umweltauswirkungen im Rahmen der UVP die Verträglichkeitsprüfung nach der FFH-RL vorzubereiten und die Ergebnisse fruchtbar zu machen.[305]

Diesem Befund entspricht, dass in § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG die Pflicht zur Durchführung der in dieser Norm angesprochenen Verträglichkeitsprüfung losgelöst von einer Pflicht zur Durchführung einer UVP ausgestaltet wurde. Weiterhin hat der Gesetzgeber für das Immissionsschutzrecht die UVP in § 1 Abs. 2 der 9. BImSchV als unselbstständigen Teil des Genehmigungsverfahrens ausgestaltet. Die nach § 2a S. 1 SeeAnlV a.F.[306] bzw. § 9 SeeAnlV n.F. i.V.m. Nr. 1.6.1 der Anlage 1 des UVPG durchzuführende UVP für Offshore-Windfarmen ist wegen der Regelung in § 2 Abs. 1 S. 1 UVPG ebenfalls auf die Anwendung in einem Trägerverfahren ausgerichtet. Eine Ausgestaltung der UVP als einheitliches Trägerverfahren auch für die Verträglichkeitsprüfung wählte der Gesetzgeber dagegen in beiden Meereszonen nicht. Die gleichwohl zulässige Berücksichtigung der Ergebnisse der UVP ist in der Praxis zu beobachten.[307]

L. Ergebnisse zum 1. Kapitel

Aus völkerrechtlicher Perspektive ist für die Errichtung von Offshore-Windparks in europäischen Meeresgebieten letztlich die im SRÜ vorgesehene Zonierung der

---

303 Vgl. die in Art. 3 UVP-RL benannten Faktoren.

304 M.w.N. *Wulfhorst,* in Landmann/Rohmer, UmweltR, § 17 UVPG, Rn. 9.

305 Wie hier *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 40; *Niederstadt,* NuR 1998, 515 (522).

306 SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

307 Siehe beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 24.5.2006, Offshore-Windpark „Global Tech I", S. 62, noch mit Blick auf das nur gemeldete Gebiet „Sylter Außenriff" [vgl. hierzu 4. Kapitel, B.] sowie allgemein bereits *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (70).

Meere anzuwenden. Hierbei ist zwischen dem Küstenmeer und der AWZ zu unterscheiden. Nur das Erstgenannte gehört zum Staatsgebiet des Küstenstaates. Im Bereich der AWZ stehen diesem dagegen nur einzelne souveräne Rechte und Hoheitsbefugnisse zu. Dass die VRL und die FFH-RL in beiden Meereszonen Geltung beanspruchen, ist heute allgemein anerkannt.

Der Schwerpunkt des in der Bundesrepublik Deutschland angestrebten Ausbaus der Offshore-Windenergie liegt in der deutschen AWZ. Gleichwohl lassen sich auch für das deutsche Küstenmeer wichtige Vorhaben der Küstenbundesländer identifizieren. Insgesamt beanspruchen die geplanten Windparks erhebliche Teile der den deutschen Küsten vorgelagerten Meeresflächen.

Sieht man von dem geplanten Windpark „Butendiek“ einmal ab, liegen die verwirklichten oder in einem fortgeschrittenen Planungsstadium befindlichen Vorhaben sämtlich außerhalb errichteter oder geplanter Meeresschutzgebiete. Während mitunter erhebliche Entfernungen zu diesen Flächen bestehen, gibt es aber auch Projekte, die eine beachtliche Nähe aufweisen.

Im niedersächsischen Küstenmeer und der deutschen AWZ in der Nordsee wurden insbesondere der Sterntaucher, der Seehund, die Kegelrobbe, der Schweinswal sowie Riffe und Sandbänke als relevante Arten bzw. Lebensraumtypen identifiziert. Bei der Beurteilung etwaiger Auswirkungen durch die Offshore-Windkraftprojekte ist hierbei vor allem auch das Fehlen von Barrieren im Meeresbereich zu berücksichtigen. Die derzeit noch bestehende Unklarheit über die naturfachlichen Wertigkeiten wird durch neue Forschungsanstrengungen und erste Erfahrungen mit bereits verwirklichten Windparks abgebaut.

Zu betonen ist, dass die FFH-RL die VRL nicht abgelöst, sondern ergänzt hat. Insbesondere richtet sich die Errichtung von Vogelschutzgebieten weiterhin nach den Bestimmungen der VRL. Daher kann dieselbe Fläche nicht nur ein aufgrund der FFH-RL errichtetes Schutzgebiet, sondern daneben zugleich auch ein Vogelschutzgebiet beherbergen.

Die administrative und normative Umsetzung durch die Bundesrepublik Deutschland erfolgte äußerst zögerlich. Erst mit erheblicher Verspätung wurden ab dem Jahr 1998 durch die Etablierung detailreicher und teilweise mit unmittelbarer Wirkung ausgestatteter Rahmenregelungen des BNatSchG erste Schritte unternommen, denen sich die Schaffung entsprechender Vorschriften im NNatG anschloss. Mit dem im Jahr 2002 in das damals neugefasste BNatSchG eingefügten § 38 BNatSchG a.F. wurde weiterhin erstmals eine Vorschrift geschaffen, die den Aufbau und den Schutz des Natura-2000-Netzes im Bereich der AWZ betraf.

Infolge einer erneuten Verurteilung durch den EuGH wurde das BNatSchG 2007 nochmals angepasst, bevor es schließlich im Jahr 2010 aufgrund der neuen verfassungsrechtlichen Kompetenzlage nach der Föderalismusreform insgesamt durch bundesrechtliche Vollregelungen abgelöst wurde. Zu beachten ist, dass es sich bei den Regelungen zum Meeresnaturschutz um abweichungsfeste Regelungen handelt. Dieses gilt auch, soweit das Küstenmeer betroffen ist.

Der administrativen Umsetzung hat sich die Bundesrepublik Deutschland ebenfalls erst mit erheblicher Verspätung angenommen. Dieses hatte zur Folge, dass lange Zeit die maßgeblichen Konfliktbereiche überhaupt nicht identifiziert waren. Umfangreichen Forschungsanstrengungen konnte daher nicht die Faktenlage zugrunde gelegt werden, die längst hätte geschaffen werden sollen.

Zur Abwendung einer drohenden Zweitverurteilung durch den EuGH wurden im Herbst 2006 die von der Kommission als schützenswert eingestuften Flächen schließlich sämtlich gemeldet. Der Prozess der Unterschutzstellung einiger Gebiete ist noch nicht abgeschlossen.

Mit Blick auf die zu genehmigenden Großvorhaben ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber zur Forcierung des Aufbaus der Offshore-Windkraftnutzung die Aufgabe der Ableitung des erzeugten Stroms den Übertragungsnetzbetreibern aufgegeben und hierdurch die Betreiber der Windparks entlastet hat.

Bei der Anlagenzulassung selbst ist zwischen dem Bereich des Küstenmeeres und der Meereszone der AWZ zu unterscheiden. Für Offshore-Windparks im Küstenmeer ist eine Genehmigung nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG einzuholen. Die Genehmigungsvoraussetzungen sind § 6 Abs. 1 BImSchG zu entnehmen. Im Bereich der AWZ erfolgt die Anlagenzulassung dagegen nach der SeeAnlV, die 2012 umfassend novelliert wurde. Kernelement der Neuregelung war die Einführung einer Planfeststellung für die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen. § 5 Abs. 6 SeeAnlV n.F. benennt hierzu den bisherigen Vorgaben vergleichbare Voraussetzungen als abwägungsfeste Belange.

Zu beachten ist hierbei, dass Offshore-Windkraftvorhaben Projekte im Sinne des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL sind. Die in dieser Vorschrift vorgesehene Prüfung und Bewertung wurde in § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG als Zulassungstatbestand ausgestaltet, der im eigentlichen Anlagenzulassungsverfahren als Trägerverfahren zu berücksichtigen ist. Den entsprechenden Anknüpfungspunkt bildet § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG bzw. § 5 Abs. 6 Nr. 3. 2. Alt. SeeAnlV.

Zugleich ist zwischen der Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL und der UVP streng zu unterscheiden. Insbesondere ist keines der beiden Verfahren als eigenständiges (Träger-)Verfahren ausgestaltet.

2. Kapitel: Natura-2000-Gebiete im niedersächsischen Küstenmeer und der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee

Grundlegender Anknüpfungspunkt für die Schutzgewährleistungen des Natura-2000-Netzwerks und deren Niederschlag in den Genehmigungen von Offshore-Windenergieanlagen im Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres und der AWZ in der Nordsee ist die Existenz entsprechender Schutzgebiete. In einem ersten Schritt ist daher ein Überblick über die Entstehung von Natura-2000-Gebieten in diesem Bereich zu geben, wobei zwischen Vogelschutzgebieten und FFH-Gebieten zu unterscheiden ist.

Letztlich auf die rechtlichen Grundlagen zurückzuführende begriffliche Überlagerungen führen zu der Notwendigkeit, zunächst den Bezugsrahmen der Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit der Errichtung besonderer Schutzgebiete festzulegen.

Sowohl im Zusammenhang mit den nach den Mechanismen der VRL als auch den nach der FFH-RL zur Entstehung gelangenden Gebieten ist die Bezeichnung als besondere Schutzgebiete gebräuchlich. Dieses lässt sich u.a. darauf zurückführen, dass Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 und Art. 7 FFH-RL einerseits die gem. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 und Abs. 2 VRL zu Schutzgebieten zu erklärenden Gebiete ausdrücklich als besondere Schutzgebiete bezeichnet, aber andererseits in Bezug auf die von den Mitgliedstaaten aufgrund der Listenaufnahme entsprechender Gebiete

nach Art. 4 Abs. 1 bis 3 FFH-RL auszuweisenden Gebiete in Art. 3 Abs. 2 S. 2 und Art. 4 Abs. 4 FFH-RL ebenfalls die Sprachregelung des besonderen Schutzgebiets verwendet wird. Nur für letztgenannte Gebiete findet sich mit Art. 1 lit. l) FFH-RL in den sekundärrechtlichen Grundlagen eine Definition. I.V.m. Art. 1 lit. k) FFH-RL erschließt sich sodann, dass diese besonderen Schutzgebiete von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung zu unterscheiden sind, hinsichtlich deren zugleich auch der Akt der Listung als Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 FFH-RL zu beachten ist.

Zudem ist festzuhalten, dass Art. 1 lit. l) FFH-RL an die Ausweisung eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung anknüpft und dass der Bundesgesetzgeber die in § 32 Abs. 2 und 3 BNatSchG benannte Schutzerklärung in § 32 Abs. 4 BNatSchG als Unterschutzstellung bezeichnet. Zuletzt verlangt die Vogelschutzrichtlinie in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL eine Erklärung zum Schutzgebiet.

Klarzustellen ist daher, dass im Weiteren von folgenden Begriffsverständnissen ausgegangen wird:

Ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung ist ein in die Liste nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 FFH-RL aufgenommenes Gebiet. Hinsichtlich der sich anschließenden Ausweisung nach Art. 4 Abs. 4 FFH-RL durch den Mitgliedstaat wird den Wendungen „Erklärung", „Unterschutzstellung" und „Ausweisung" keine unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Die eigentliche Schwierigkeit liegt stattdessen darin, mit Inhalt zu füllen, welchen Anforderungen dieser Vorgang zu genügen hat. Die durch diesen Akt zur Entstehung kommenden Gebiete werden im Folgenden als FFH-Gebiete bezeichnet.

Da die besonderen Schutzgebiete im Sinne der VRL keine Aufnahme in eine Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 FFH-RL entsprechende Liste voraussetzen, sondern allein durch die Erklärung zu Schutzgebieten zum Entstehen gebracht werden,[308] sind nur derart wirksam zur Entstehung gebrachte Gebiete als Vogelschutzgebiete zu bezeichnen. Obwohl diesbezüglich in Anlehnung an Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL von einer Erklärung zu Schutzgebieten gesprochen werden kann, wird es auch insofern in der Sache allein darum gehen, welche inhaltlichen Voraussetzungen an diesen Akt zu stellen sind, so dass die Begriffe Unterschutzstellung und Ausweisung ebenso verwendbar sind.[309]

Die von deutscher Seite proklamierte Vollständigkeit des Beitrags der Bundesrepublik Deutschland zum Natura-2000-Netzwerk[310] bedingt, im Folgenden Ausführungen zur Auswahl der Schutzgebiete vergleichsweise kurz zu halten. Im Zentrum steht vielmehr eine Einordnung der juristischen Folgen dieser Annahme. Daneben gilt es mit Blick auf die teilweise bereits ein Jahrzehnt zurückliegenden Windparkgenehmigungen herauszuarbeiten, ob und wann die Unterschutzstellungen für Natura-2000-Gebiete in richtliniengemäßer Weise erfolgten.

---

308 *Gellermann,* NVwZ 2011, 500 (502).

309 Von keinem Unterschied in der Sache geht auch *Jarass,* ZUR 2000, 183 (184) aus.

310 Siehe *Krause/Wollny-Goerke/Boller u.a.,* NuL 2011, 397 (397).

A. Nach der FFH-RL zur Entstehung zu bringende Gebiete und deren Unterschutzstellung

Grundsätzlich denkbar wäre gewesen, dass die nach der FFH-RL zur Entstehung zu bringenden Gebiete durch einen Rechtsakt der EU unter Schutz gestellt oder unmittelbar durch einen Akt der Mitgliedstaaten zum Schutzgebiet erhoben werden. Art. 4 Abs. 1 bis 4 FFH-RL ist ein anderes System zu entnehmen. Zentraler Bezugspunkt ist die Aufnahme in eine Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung, die unter maßgeblicher Beteiligung der Mitgliedstaaten und der Kommission in einem mehrstufigen Verfahren erstellt wird. Erst hierdurch wird die Pflicht zur Unterschutzstellung des Gebiets durch den Mitgliedstaat gem. Art. 4 Abs. 4 FFH-RL ausgelöst.

I. Aufnahme eines Gebiets in die Gemeinschaftsliste

Die Aufnahme eines Gebiets in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung erfolgt in einem in Art. 4 Abs. 1 bis 3 FFH-RL niedergelegten dreistufigen Verfahren.

1. Erstellung und Übermittlung nationaler Gebietslisten

In einer ersten Stufe sollten nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL anhand der in Anhang III (Phase 1) der FFH-RL genannten Kriterien nationale Gebietslisten erstellt und an die Kommission übermittelt werden.

Der EuGH hat diesbezüglich klargestellt, dass Spielräume nur hinsichtlich der „Beurteilung der relativen Bedeutung der Gebiete“ anhand des in Anhang III (Phase 1) FFH-RL enthaltenen naturschutzfachlichen Kriterienkatalogs bestehen, damit die erst in der zweiten Phase zu treffende, gegebenenfalls Mitgliedstaaten übergreifende Auswahlentscheidung der Kommission durch weitergehende Erwägungen keine Beeinträchtigung erfährt.[311] Dieser Sichtweise hat sich auch das BVerwG angeschlossen.[312] Unter dieser Maßgabe hat der Mitgliedstaat der Kommission ein „umfassendes Verzeichnis“[313] vorzulegen. Sind daher insbesondere wirtschaftliche Gesichtspunkte nicht zu berücksichtigen,[314] ist festzuhalten, dass hieraus umgekehrt folgt, dass sich selbst gewichtige Infrastrukturprojekte nicht im Rahmen der Schutzgebietsauswahl gegenüber Naturbelangen durchsetzen können. Entsprechend ist eine Ausklammerung bestimmter Meeresgebiete unter Berufung auf die mit Offshore-Windparkvorhaben einhergehenden wirtschaftlichen Interessen verwehrt.

---

311 EuGH, Urt. v. 7.11.2000, Rs. C-371/98, Slg. I-9235, Rn. 21 ff.

312 BVerwGE 107, 1 (23 f.).

313 EuGH Urt. v. 11.9.2001, Rs. C-71/99, Slg. I-5811, Rn. 27.

314 *Frenz*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 32 Rn. 14.

2. Die Auswahl und Meldung im deutschen Recht

Die Auswahl und Meldung der nach Art. 4 Abs. 1 FFH-RL der Kommission zu benennenden Gebiete ist in § 32 Abs. 1 BNatSchG geregelt, der insoweit im Wesentlichen den Vorläuferregelungen in § 19b des BNatSchG aus dem Jahr 1998[315] und § 33 Abs. 1 im nachfolgenden BNatSchG von 2002[316] entspricht.

§ 32 Abs. 1 S. 1 BNatSchG überantwortet den Ländern die Gebietsauswahl. Diese Weiterreichung der sekundärrechtlichen Auswahlverpflichtung an die Länder als weitere Instanz und gerade deren zaghafte Annahme brachten es letztlich mit sich, dass sich die Bundesrepublik Deutschland als Gesamtstaat gegenüber der Europäischen Union für die unzureichenden Gebietsmeldungen verantworten musste, da die heute in § 32 Abs. 1 S. 3 BNatSchG vorgesehene Meldung durch das BMU an die Kommission das vorgeschaltete Handeln der Ländern bedingt.

Stellen zudem die Kriterien in Anhang III (Phase 1) FFH-RL teilweise auf Merkmale ab, die eine gesamtstaatliche Beurteilung erfordern, wurde hierfür in Gestalt des herzustellenden Benehmens mit dem BMU und der Beteiligung der betroffenen Bundesministerien nach § 32 Abs. 1 S. 2 und 3 BNatSchG zwar eine Lösung gefunden. Mit Blick auf die jahrelang schleppende Meldepraxis ist jedoch hervorzuheben, dass es sich hierbei, so sachgerecht die Hilfestellung durch die Sachkompetenz der Bundesministerien auch sein mag, letztlich nur um eine Anhörung handelt[317], so dass eine effektive Steuerung des Verhaltens der Länder nicht bewirkt werden kann.

Für den Bereich der AWZ lag, selbst soweit man sich der seinerzeit strittigen Positionierung einer Geltung des BNatSchG im Bereich der AWZ anschließen wollte, gem. § 19b Abs. 1 S. 1 des BNatSchG aus dem Jahr 1998[318] die Gebietsauswahl in der Zuständigkeit der Länder. Da die nicht zum Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gehörende Fläche der AWZ letztlich keinem Bundesland zugeordnet werden konnte, war daher nicht nur der Geltungsanspruch der habitatschutzrechtlichen Vorschriften in diesem Meeresbereich ohnehin strittig, sondern seinerzeit auch eine sinnvolle Anwendung dieser Regelung für den Bereich der AWZ verwehrt.[319] Damit fand folglich die Genehmigung des Windparks „Alpha Ventus“ im Jahr 2001 zu einem Zeitpunkt statt, in dem nicht einmal die Gebietsauswahl nach nationalem Recht möglich war. § 57 BNatSchG dagegen verschließt sich, ebenso wie schon der 2002 bei der Neuregelung[320] des damaligen BNatSchG neu eingefügte § 38, diesem Meeres-

---

[315] BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.
[316] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.
[317] *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 32 BNatSchG, Rn. 7.
[318] BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.
[319] Vgl. *Heselhaus,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 57 Rn. 6 zu möglichen alternativen Lösungswegen.
[320] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

bereich nicht.[321] Wie auch nach dieser Vorgängerregelung ist gem. § 57 Abs. 1 S. 1 BNatSchG das BfN für die Auswahlentscheidung zuständig, wobei nach S. 1 die Öffentlichkeit einzubeziehen und die Zustimmung des BMU erforderlich ist, nach S. 2 durch das BMU die anderen Bundesministerien zu beteiligen sind und das Benehmen mit angrenzenden Ländern herzustellen ist.

In der Praxis erfolgt die Meldung unter Beigabe der geforderten Informationen gem. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 FFH-RL anhand eines offiziellen Meldeformulars (sog. Standard-Datenbogen)[322].

3. Gebietsmeldungen im niedersächsischen Küstenmeer und der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee

Die Zahl der im Untersuchungsbereich gemeldeten Gebiete ist vergleichsweise übersichtlich.

Erst im Mai 2004 hat das BMU im Zuge von Nachmeldungen für den Bereich der AWZ in der Nordsee die Gebiete „Doggerbank“, „Sylter Außenriff“ und „Borkum-Riffgrund“ übermittelt.[323]

Das einzige, wenngleich flächenmäßig herausragende Gebiet im niedersächsischen Küstenmeer betrifft den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“. Eine erste Meldung hinsichtlich eines entsprechenden Gebiets erfolgte 1998.[324]

Obwohl dieses Gebiet selbst unter dem Namen „Nationalpark Niedersächsisches Wattenmeer“ firmierte, ist zur gedanklichen Klarheit darauf hinzuweisen, dass dieses gemeldete Gebiet nur die Flächen des Nationalparks nach dem NWattNPG a.F.[325] ohne die dort festgelegten Erholungszonen umfasste.[326] Es war also vom eigentlichen Nationalpark zu unterscheiden.

Gleichwohl hängt die sich anschließende Entwicklung des Meldeverhaltens bezüglich dieses Gebiets eng mit der Entwicklung der rechtlichen Grundlagen des Nationalparks zusammen. Im Jahr 2001 fand im Zuge einer Neufassung des NWattNPG[327] eine Neuabgrenzung des Nationalparks statt. Hierauf bezugnehmend hat das BMU nach einem entsprechenden Beschluss der Landes-

---

321 Zum Verständnis des redaktionell schwerfällig gefassten § 38 des BNatSchG aus dem Jahr 2002 (BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193) siehe bereits *Ell/Heugel,* NuR 2007, 315 (317 ff.).

322 Siehe die Entscheidung der Kommission, v. 18.12.1996 über das Formular für die Übermittlung von Informationen zu den im Rahmen von Natura 2000 vorgeschlagenen Gebieten 97/266/EG, ABl. EG Nr. L 107, 24.4.1997, S. 1, deren Anhang das Formular beinhaltet. Es wurde nach dem in Art. 21 FFH-RL geregelten Verfahren ausgearbeitet.

323 Siehe die unter http://www.bfn.de/0314_meeres-kuesten_naturschutz.html abrufbaren Informationen (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014). Dort sind auch die Standard-Datenbögen verfügbar.

324 Der Beschluss der Landesregierung erfolgte im Juli 1997 (Nds. LT-Drs. 14/1900, S. 36).

325 Gesetz über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ v. 15.7.1999, Nds. GVBl., S. 164.

326 Nds. LT-Drs. 14/1900, S. 37.

327 Gesetz über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ v. 11.7.2001, Nds. GVBl., S. 443; zwischenzeitlich zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

regierung[328] die Kommission gebeten, das gemeldete Gebiet entsprechend anzupassen.[329] Neben der Erweiterung um bestimmte Teilflächen fand hierbei auch eine Herausnahme gewisser Gebiete statt, wobei sich auf fachliche wie verwaltungstechnische Gesichtspunkte berufen wurde.[330]

4. Entwurf einer Gemeinschaftsliste und Festlegung der Gemeinschaftsliste

In einer zweiten Phase wurde es gem. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 FFH-RL der Kommission überantwortet, auf der Grundlage der nationalen Gebietslisten im Einvernehmen mit den Mitgliedstaaten aus allen von den Mitgliedstaaten gemeldeten Gebieten diejenigen von gemeinschaftlicher Bedeutung auszuwählen und einen Entwurf der Gemeinschaftsliste zu erarbeiten.

Die Durchführung dieser Phase stellte sich als Kernproblem der schleppenden Errichtung des Natura-2000-Netzwerks heraus, konnte doch die Kommission ausweislich Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 FFH-RL nur solche Gebiete in den Entwurf übernehmen, die die Mitgliedstaaten zuvor vorgeschlagen hatten. Verweigerten die Mitgliedstaaten daher unionsweit die Vorlage der grundlegenden nationalen Gebietslisten, war der Kommission die Ausarbeitung des Entwurfs unmöglich.

Der Kommission kommt bei diesem Schritt die Aufgabe zu, die gemeinschaftliche Bedeutung der von den Mitgliedstaaten vorgeschlagenen Gebiete zu beurteilen. Die maßgeblichen Kriterien sind in Anhang III (Phase 2) FFH-RL benannt. Mit Blick auf das zentrale Interesse an einer umweltschonenden und sicheren Energieversorgung und den hierbei den Offshore-Windparks zugedachten Beitrag ist zu betonen, dass auch der Kommission über einen naturschutzfachlichen Spielraum hinaus keine Ermessenspielräume eingeräumt wurden.[331] Entsprechend hat der EuGH inzwischen auch die Frage geklärt, inwieweit die Mitgliedstaaten das in Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 FFH-RL angesprochene Einvernehmen verweigern können. Anknüpfend an die Zielsetzung der Errichtung des ökologischen Netzes Natura-2000 urteilte er, dass es den Mitgliedstaaten

[328] Siehe hierzu Nds. LT-Drs. 14/2762.

[329] Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 9.7.2001, S. 3.

[330] Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 9.7.2001, S. 3; siehe auch die mit Gründen versehene Stellungnahme im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5117, S. 14. Zur Kritik an diesem Vorgehen siehe *Siecke,* Bilanz über 20 Jahre Nationalpark Niedersächsisches Wattenmeer, S. 7. Mit Blick auf die für den zögerlichen Meldeprozess nicht vorbereiteten Regelungen in Art. 4 Abs. 1 FFH-RL sei angemerkt, dass unklar ist, ob es sich hierbei im Einzelnen um eine Anpassung der Meldeliste nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL oder um eine nachgebesserte Listenvorlage nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL handelt.

[331] *Wolf,* ZUR 2005, 449 (451). Die flexiblere Handhabung aufgrund der Klausel in Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 FFH-RL hat auf die deutschen Beiträge zum Netzwerk keine Auswirkungen, *Gellermann,* Natura 2000, S. 58 f.

verwehrt sei, sich auf andere als die in Anhang III (Phase 2) FFH-RL genannten Kriterien zu berufen.[332]

Den dritten Schritt stellt das Verfahren nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 FFH-RL dar. Nach Zustimmung des Habitatausschusses zu dem Listenentwurf übermittelt die Kommission den Mitgliedstaaten die beschlossene Liste in der Form eines Beschlusses.[333] Anschließend haben die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 4 FFH-RL die gelisteten Gebiete als Schutzgebiete auszuweisen.

II. Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung im Untersuchungsbereich

Die erste Liste mit Gebieten für den atlantischen biogeografischen Raum wurde erst 2004 verabschiedet[334], die zwischenzeitlich in den Jahren 2007[335], 2008[336], 2009[337], 2011[338], 2012[339] und 2013[340] aktualisiert wurde.

Aus diesen Kommissionsentscheidungen ergibt sich, dass das Gebiet „Nationalpark Niedersächsisches Wattenmeer" bereits 2004 aufgenommen wurde[341],

---

[332] EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 27 ff. – Stadt Papenburg.

[333] Siehe Art. 288 Abs. 4 AEUV; vor der Anwendung des Vertrages von Lissabon als Entscheidung bezeichnet, Art. 249 Abs. 4 EGV a.F. (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 25.3.1957 (UNTS Band 298, S. 11), vor der Änderung und Umbenennung in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union" durch den Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007 (ABl. EU Nr. C 306 v. 17.12.2007, S. 1), zuletzt geändert durch den Vertrag über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union v. 25.4.2005, ABl. EU Nr. L 157 v. 21.6.2005, S. 11).

[334] Entscheidung der Kommission v. 7.12.2004 zur Verabschiedung der Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 387 v. 29.12.2004, S. 1.

[335] Entscheidung der Kommission v. 12.11.2007 zur Verabschiedung einer ersten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 12 v. 15.1.2008, S. 1.

[336] Entscheidung der Kommission v. 12.12.2008 zur Verabschiedung einer zweiten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region (die Aufnahme neuer deutscher Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung erfolgte nicht), ABl. EU Nr. L 49 v. 13.2.2009, S. 466.

[337] Entscheidung der Kommission v. 22.12.2009 zur Verabschiedung einer dritten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 30 v. 2.2.2010, S. 43.

[338] Beschluss der Kommission v. 10.1.2011 zur Verabschiedung einer vierten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 33 v. 8.2.2011, S. 52 sowie Beschluss der Kommission v. 18.11.2011 zur Verabschiedung einer fünften aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 11 v. 13.1.2012, S. 1.

[339] Beschluss der Kommission v. 16.11.2012 zur Verabschiedung einer sechsten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 24 v. 26.1.2013, S. 379.

[340] Beschluss der Kommission v. 7.11.2013 zur Verabschiedung einer siebten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 350 v. 21.12.2013, S. 201.

[341] Entscheidung der Kommission v. 7.12.2004, ABl. EU Nr. L 387 v. 29.12.2004, S. 9.

während die Gebiete „Doggerbank“, „Sylter Außenriff“ und „Borkum-Riffgrund“ erst 2007 Berücksichtigung fanden.[342]

III. Kein endgültiger Abschluss von Gebietsaufnahmen im niedersächsischen Küstenmeer und der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee

Trotz der erzielten Fortschritte ist damit nicht entschieden, ob die Aufnahme von Gebieten im niedersächsischen Küstenmeer und der AWZ in der Nordsee in die Gemeinschaftsliste ihren Abschluss gefunden hat.

Die derzeitige Entscheidung der Kommission kommt allerdings überhöhten Erwartungen zuvor, indem sie einschränkt, dass einige Mitgliedstaaten noch immer nicht genügend Gebiete gemeldet hätten und dass die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse einen Schlusspunkt derzeit ausschlössen.[343]

Gleichwohl ist festzuhalten, dass die Kommission nunmehr davon ausgeht, dass die Bundesrepublik Deutschland ihren Verpflichtungen zu Gebietsmeldungen in hinreichender Weise nachgekommen ist. Im Kern wird dieses an der Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 1995/2225 festgemacht – ein Vorgang, der auf der gemeinsamen naturwissenschaftlichen Einschätzung durch die Kommission und die Bundesrepublik Deutschland und entsprechenden Nachmeldungen beruht.[344]

1. Derzeitig abgeschlossener Meldeprozess

Eine Eingrenzung der potenziellen Risiken für Offshore-Windparkprojekte durch Konflikte mit dem Flächenschutz in seiner Ausprägung durch das unionsrechtlich überformte Habitatschutzrecht wäre jedenfalls dann zu erkennen, wenn durch diese Fortschritte, trotz der im verhältnismäßig unerforschten Meeresbereich gut denkbaren Hinzugewinnung neuer naturwissenschaftlicher Erkenntnisse oder einer Weiterentwicklung der sekundärrechtlichen Grundlagen, das Aufstellungsverfahren für den Untersuchungsbereich als endgültig abgeschlossen anzusehen ist und insbesondere keine erneuten Meldepflichten aktiviert werden können.

2. Belastbarkeit der naturwissenschaftlichen Einschätzung

Ausgehend von den bisherigen naturwissenschaftlichen Einschätzungen war es die Kommission selbst, die in den ersten beiden Entscheidungen über die Listen der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung ausdrücklich darauf hinwies, dass für den Bereich der Meeresflächen keine vollständigen fachlichen Erkenntnisse vor-

[342] Entscheidung der Kommission v. 12.11.2007, ABl. EU Nr. L 12 v. 15.1.2008, S. 7, 8 u. 11.
[343] Erwägungsgründe 12 und 13 des Beschlusses der Kommission v. 7.11.2013, ABl. EU Nr. L 350 v. 21.12.2013, S. 201; vgl. auch BR-Drs. 288/07, Anlage 2 und 5.
[344] *Krause/Wollny-Goerke/Boller u.a.,* NuL 2011, 397 (397).

lägen und die Vollständigkeit der Liste insoweit nicht beurteilt werden könne.[345] Die folgende Entscheidung von 2008[346] bzw. die Beschlüsse von 2009,[347] 2011,[348] 2012[349] und 2013[350] enthielten dagegen nur noch den allgemeinen Hinweis, dass die unvollständigen Kenntnisse hinsichtlich einiger Arten und Lebensraumtypen eine abschließende Beurteilung derzeit verhindern würden, und kündigten eine erneute Überarbeitung an.[351] Jedenfalls im Zusammenspiel mit der hinzukommenden positiven Beurteilung der deutschen Gebietsmeldungen im marinen Gebiet durch die Kommission auf den 2009 abgehaltenen Seminaren[352] mag man daher geneigt sein, Anhaltspunkte für einen Abschluss des Meldeprozesses zu sehen.

Dem ist jedoch der einschränkende Hinweis beizugeben, dass dann bezüglich der erklärtermaßen fehlenden Erkenntnisse über den sensiblen und komplexen Meeresbereich innerhalb eines Zeitraums von ein bis maximal drei Jahren derart weitgehende Fortschritte erzielt worden sein müssen, dass eine tragfähige Einschätzung vertretbar erscheint. Eine Überbewertung ist daher nicht angebracht. Vielmehr sollten die Äußerungen der Kommission nur als Ausdruck dessen verstanden werden, dass der Bundesrepublik Deutschland zurzeit kein Vorwurf unvollständiger Gebietsmeldungen gemacht werden kann, da hierfür keine Anhaltspunkte bestehen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf aufmerksam zu machen, dass im Detail – auch hinsichtlich der für den Untersuchungsbereich gemeldeten Gebiete – durchaus abweichende Standpunkte eingenommen wurden, was insbesondere

---

345 Erwägungsgrund 9 der Entscheidung der Kommission v. 7.12.2004, ABl. EU Nr. L 387 v. 29.12.2004, S. 1 und Erwägungsgrund 13 der Entscheidung der Kommission v. 12.11.2007, ABl. EU Nr. L 12 v. 15.1.2008, S. 1.

346 Entscheidung der Kommission v. 12.12.2008, ABl. EU Nr. L 49 v. 13.2.2009, S. 466.

347 Entscheidung der Kommission v. 22.12.2009, ABl. EU Nr. L 30 v. 2.2.2010, S. 43.

348 Beschluss der Kommission v. 10.1.2011, ABl. EU Nr. L 33 v. 8.2.2011, S. 52 sowie Beschluss der Kommission v. 18.11.2011, ABl. EU Nr. L 11 v. 13.1.2012, S. 1.

349 Beschluss der Kommission v. 16.11.2012, ABl. EU Nr. L 24 v. 26.1.2013, S. 379.

350 Beschluss der Kommission v. 7.11.2013, ABl. EU Nr. L 350 v. 21.12.2013, S. 201.

351 Siehe Erwägungsgrund 12 und 13 der entsprechenden Entscheidung bzw. des jeweiligen Beschlusses der Kommission. Auf den in der Entscheidung der Kommission aus dem Jahr 2004 in den eigentlichen Entscheidungskorpus als Art. 1 Abs. 2 aufgenommenen Überarbeitungsvorbehalt abzustellen (so VGH BW, ZUR 2010, 261 [261] mit Blick auf die kontinentale biogeographische Region), erscheint indes als schwaches Indiz, da verkannt würde, dass Grundlage jeder der bisherigen Entscheidungen war, bereits jetzt der Notwendigkeit Rechnung tragen zu wollen, dass nicht bis zu einem fernen Tag, an dem nach Gewinnung der durch Erwägungsgrund 13 bislang abgesprochenen Kenntnisse unmittelbar über eine endgültige Liste befunden werden vermag, gewartet werden kann. Es wurde daher bei allen bis heute verabschiedeten Entscheidungen zugleich stets davon ausgegangen, die Liste erneut überarbeiten zu wollen, sobald entsprechende Kenntnisse dieses erfordern. Dem entspricht nicht nur die zwischenzeitlich mehrmalige Überarbeitung, sondern auch die Bezeichnung als derzeit siebte überarbeitete Gemeinschaftsliste – ein Zusatz, der anderenfalls entbehrlich wäre.

352 Siehe *Krause/Wollny-Goerke/Boller u.a.,* NuL 2011, 397 (397).

großzügigere Gebietsabgrenzungen betrifft.[353] Daneben wurde die Fläche „Riffgat", in der gerade einer der zwei Windparks im niedersächsischen Küstenmeer errichtet wurde, aufgrund von Schweinswalvorkommen nach einer gegenüber der offiziellen Beurteilung abweichenden Bewertung zunächst ebenfalls als ein zu meldendes Gebiet eingestuft.[354] Gleichwohl ist in der gebotenen Deutlichkeit festzuhalten, dass die Kommission trotz ihrer umfangreichen Ermittlungen und der zwischenzeitlich aufgebauten eigenen naturwissenschaftlichen Kompetenz nicht erkennen lassen hat, dass sie derartige Einschätzungen teilt. Sie hat vielmehr die deutschen Gebietsmeldungen im Meeresbereich als hinreichend eingestuft.[355]

3. Dauerhafte Meldepflichten der Mitgliedstaaten und Anpassungen der Gebietsliste

Das Prozedere zur Aufstellung der Gemeinschaftsliste hat sich anders entwickelt, als bei Erlass der FFH-RL vorgestellt. Da den Entscheidungen selbst in ihren aktualisierten Fassungen stets der Gedanke zugrunde lag, diese auf dem derzeit entscheidungsfähigen Stand zu halten, nicht jedoch das Ausstellungsverfahren endgültig zu beenden, liegen Anhaltpunkte dafür vor, dass die letzte Phase des Aufstellungsverfahrens noch gar keinen Abschluss gefunden hat.[356] Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Phase der Erstellung der nationalen Gebietslisten, wie in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL vorgesehen, mit der Vorlage nationaler Gebietslisten, die dem erforderlichen Standard entsprechen, abgeschlossen ist, wie es für den Untersuchungsbereich von offizieller Seite angenommen wird.

Über diesen Zeitpunkt hinaus fortgesetzte Pflichten der Mitgliedstaaten zu unterstellen, erscheint nicht ohne Weiteres einsichtig. Denn die Grundkonzeption der FFH-RL zielte darauf, bis 1998 die Listen mit den Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung erstellt zu haben. Ist dieses ungeachtet zeitlicher Verzögerungen Wirklichkeit geworden, sollte die Annahme zumindest einer Maximalausdehnung des Gebietsnetzes naheliegen. Im Schrifttum finden sich hierzu im Wesentlichen zwei Argumente. So sei die Errichtung eines statischen Natura-2000-Netzwerkes anvisiert gewesen, und die Vorschriften der FFH-RL bezögen sich auf dieses Netzwerk als festen Fixpunkt. Auch sei die derzeit zu beobachtende Flexibilität des Netzwerks den Problemen des Aufstellungsverfahrens geschuldet.[357]

Diese Überlegungen können nicht überzeugen. Zwar steht das Natura-2000-Projekt besonders im Fokus der Aufmerksamkeit. Ziel der FFH-RL und der VRL

---

353 Näher die Stellungnahme des *WWF* zu den Natura 2000 Gebietsvorschlägen des BMU in der deutschen AWZ von Nord- und Ostsee, 2003.

354 *WWF,* Pressemitteilung v. 30.7.2004.

355 Siehe *Krause/Wollny-Goerke/Boller u.a.,* NuL 2011, 397 (397). Zu anderen diskutierten Streitpunkten vgl. die Auflistung in der BT-Drs. 16/8086, S. 8 ff.

356 *Frenz,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 31 Rn. 37; a.A. VGH BW, ZUR 2010, 261 (261).

357 So *Frenz,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 31 Rn. 32 ff.

ist jedoch nicht zuvörderst die Errichtung eines Natura-2000-Netzwerkes an sich, sondern die Betreibung effektiven Biodiversitätsschutzes.[358] Allein hierzu bedienen sich die Richtlinien des Hilfsmittels Natura 2000. Schon aus Gründen des effektiven Habitatschutzes muss dem Netzwerk daher eine gewisse Flexibilität zugestanden werden, um dieses nicht dem Vorwurf eines unzulässigen Selbstzwecks auszusetzen.

Das Bestehen einer widerlegbaren tatsächlichen Vermutung für die Vollständigkeit des Gebietsnetzes wird sich dagegen schwerlich in Abrede stellen lassen.[359] Dieses folgt schon unmittelbar aus der Anerkennung eines derzeitigen Verfahrensabschlusses selbst.

Es handelt sich bei dem erreichten Gebietsbestand somit um eine Momentaufnahme; eine Festschreibung des Gebietsnetzes für die Zukunft erfolgt nicht. Dieses gilt selbst dann, wenn bei einer der bereits angekündigten Revisionen zukünftige Listen ihre vorläufige Natur aufgrund festgestellter Vollständigkeit des Gebietsnetzes verlieren werden.

Im Detail folgt dieses zum einen bereits aus den anerkannten Nachsteuerungen am Gebietsnetz als Kohärenzmaßnahmen nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL.[360] Zum anderen ist Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL eine Pflicht des Mitgliedstaates zur Meldung weiterer für schutzwürdig erachteter Gebiete auch nach dem Zeitpunkt der Erstellung der derzeitigen oder selbst einer zukünftig nicht mehr vorläufigen Gemeinschaftsliste zu entnehmen, deren Ausführung in ein sog. Aktualisierungsverfahren mündet[361], gegebenenfalls i.V.m. Änderungen der sekundärrechtlichen Grundlagen selbst. Da letztgenannte Maßgaben unter dem Eindruck der Schwierigkeiten, den Prozess zur Errichtung einer Gemeinschaftsliste überhaupt stattfinden zu lassen, bisher nahezu unbeachtet blieben, werden im Folgenden die ausschlaggebenden Gründe für diese Einschätzung dargelegt.

a) Pflichten zum Vorschlag angepasster nationaler Gebietslisten

Zu der Regelung in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL lassen sich trotz des kargen Wortlautes sich durchsetzende Anhaltspunkte dafür finden, dass diese eine zeitlich nicht eingeschränkte Verpflichtung zu einer Anpassung der nationalen

[358] Vgl. Erwägungsgrund 3 der FFH-RL: „Hauptziel dieser Richtlinie ist es, die Erhaltung der biologischen Vielfalt zu fördern […].“ Hierzu ist die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes geplante Errichtung des Netzwerkes gem. Erwägungsgrund 6 nur ein erster Schritt.

[359] BVerwGE 145, 40 (Rn. 23).

[360] Siehe hierzu *Europäische Kommission,* Gebietsmanagement, S. 50 sowie eingehend unten 3. Kapitel, B., III., 5.

[361] VGH BW, ZUR 2010, 261 (261), jedoch bereits von einem, zumindest teilweisen, Ende des Aufstellungsverfahrens ausgehend.

Vorschlagslisten im Lichte der nach Art. 11 FFH-RL durchzuführenden Überwachung beinhaltet.[362]

Für einen zeitlich unbegrenzten Geltungsanspruch spricht, dass den Mitgliedstaat gem. Art. 11 FFH-RL eine dauerhafte Überwachungspflicht hinsichtlich des Erhaltungszustandes aller in Art. 2 FFH-RL genannten Arten und Lebensräume trifft, wobei den prioritären natürlichen Lebensraumtypen und den prioritären Arten ein besonderes Augenmerk zu widmen ist.[363]

Trotz der allenfalls kursorischen Regelung in Art. 4 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL sollte diese auch als Verpflichtung zu neuen Gebietsvorschlägen verstanden werden, wenn sich die Erkenntnisse über eine entsprechende Wertigkeit nach Veröffentlichung der Gemeinschaftslisten verdichten.

Dieses ergibt sich zuvörderst unmittelbar aus der Zielsetzung der Sicherung des europäischen Naturerbes durch einen effektiven Habitatschutz. Dieser würde bei einer Negierung mitgliedstaatlicher Pflichten, trotz auf der Grundlage der Mechanismen des Art. 11 FFH-RL erkannter Defizite des Gebietsnetzes, vorsätzlich anheimgestellt. Man wird dem Richtliniengeber aber schwerlich unterstellen dürfen, eine derartige Preisgabe gewollt zu haben. Sie rechtfertigt sich auch nicht aus bisherigen, vermeintlich abschließend erscheinenden Fortschritten, da die Richtlinie gerade selbst die dauerhafte und damit auch nach Veröffentlichung der Gemeinschaftsliste bestehende Notwendigkeit der Fortsetzung der begonnenen Aufgabe in Art. 11 FFH-RL zu erkennen gibt, die aufgrund der Verknüpfung zwischen dem Aufstellungsverfahren in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL und der steten Überwachungsaufgabe auf den Aktualisierungsprozess in diesem fortgeschrittenen Stadium erstreckt wurde. Dieses verbindende Band ist als Ausdruck dessen anzusehen, dass der Richtliniengeber dadurch, dass er zugleich mit der gerade nicht nur auf ein Monitoring in den bestehenden Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung beschränkten Verpflichtung in Art. 11 FFH-RL zumindest auch den Gedanken verbunden hat, durch die im Rahmen dieser Überwachung gewonnenen Erkenntnisse das Natura-2000-Netzwerk erforderlichenfalls zu vervollständigen.

Zuzugeben ist einer restriktiveren Ansicht jedoch, dass nicht jede neu erkannte naturfachliche besondere Wertigkeit eines Gebiets zwingend zu einer Listung des Gebiets gereicht, sondern diese die Erkenntnis voraussetzt, dass die Anforderungen der Richtlinie im Hinblick auf bestimmte Lebensraumtypen und Arten verfehlt und noch nicht genügend Gebiete erfasst wurden.[364] Jedoch ist der Schluss, dass insofern keine Meldepflichten der Mitgliedstaaten bestehen, verfehlt, da die Entscheidung über die Listenaufnahme der Gebiete nicht den Mitgliedstaaten, sondern der Kommission mit der Erwägung überantwortet worden ist,

[362] A.A. *Frenz*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 31 Rn. 41, der nur von einer Anwendbarkeit bis zum Abschluss des Aufstellungsverfahrens ausgeht.

[363] Siehe mit Blick auf erneute Unterschutzstellungspflichten BVerwGE 145, 40 (Rn. 29).

[364] *Frenz*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 31 Rn. 39.

dass die europaweite Beurteilung alleine von dieser sinnvoll bearbeitet werden kann.[365]

So eingängig dieser Ausgangspunkt ist, rächt sich die fehlende Detailschärfe der Regelung in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL sodann bei der Frage, welche Qualität die Ergebnisse der Überwachung aufweisen müssen, um eine entsprechende Anpassungspflicht hervorzurufen. Sachgerecht erscheint auch insoweit, die vom Unionsrechtsgeber anerkannten und in Anhang III (Phase 1) FFH-RL niedergelegten Kriterien heranzuziehen.

Zugleich lassen diese Annahmen die Frage nach etwaigen Fristen für die Erfüllung dieser Verpflichtungen aufkommen. Es erscheint angemessen, auch insoweit die Regelungen des allgemeinen Aufstellungsverfahrens heranzuziehen, da diesen eine abwägende Wertung des Unionsrechtsgebers dergestalt innewohnt, dass diese Fristen einen Mittelweg zwischen dem erforderlichen raschen Aufbau des Gebietsnetzes und dem Zeithorizont einer sorgfältigen Beurteilung darstellen. Denkbar ist aber angesichts der fehlenden Ausgestaltung auch, auf eine allgemeine „vernünftige“ Frist[366] zurückzugreifen.

b) Anpassungen des Sekundärrechts

Hinzutreten gegebenenfalls Änderungen der sekundärrechtlichen Grundlagen.

Liegt es ohnehin in der Hand des Unionsrechtsgebers, originäre Änderungen der Richtlinie und insbesondere eine Neufassung der Anhänge festzulegen, kann dieses ebenfalls neue Meldepflichten nach sich ziehen.

Ausdruck dessen, dass es sich hierbei nicht um eine eher theoretische Überlegung handelt, sind Anpassungen der Anhänge im Zuge der Erweiterungen der Union, die auch in der Bundesrepublik Deutschland vorkommende Arten betrafen[367] und sich nicht auf Art. 19 UAbs. 1 FFH-RL stützten.[368]

Obwohl diese Frage bislang nicht als geklärt gelten kann, sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass derartige Änderungen geeignet sind, die Bundesrepublik Deutschland auch als langjährigen Mitgliedstaat zur Meldung zusätzlicher Gebiete zu verpflichten.

Denn mit der Erweiterung des Unionsgebiets wurde dieses um wertvolle aber schutzbedürftige Lebensraumtypen und Arten reicher, die jedoch mitunter in den alten Mitgliedstaaten ebenfalls vorkommen. Damit verbindet sich unmittelbar ein neuer Anspruch an die Anhänge der Richtlinie, dem mit deren Ergänzung

---

365 Siehe 2. Kapitel, A., I., 1.

366 Vgl. 1. Kapitel, G.

367 Siehe BR-Drs. 288/07, S. 26; zu weiteren Einzelheiten sei auch auf die über http://www.bfn.de/0316_lr_intro.html abrufbaren Informationen verwiesen (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

368 Die Anhänge wurden unabhängig von dem in Art. 19 UAbs. 1 FFH-RL geregelten Verfahren im Zuge von Beitritten geändert durch den Beschluss 95/1/EG, ABl. EG L 1 v. 1.1.1995, S. 175; die EU-Beitrittsakte 2003 v. 16.4.2003, ABl. EU Nr. L 236 v. 23.9.2003, S. 33; Art. 1 der RL 2006/105/EG v. 20.11.2006, ABl. EU Nr. L 363 v. 20.12.2006, S. 368.

nachgekommen wird. Derartig kausal veranlasste Modifikationen sind zulässig, wobei ihnen der Rang von Sekundärrecht zukommt.[369] Die Änderungen richten sich damit schon ihrer Natur nach an alle Mitgliedstaaten. Obwohl weitere Übergangsregelungen bzw. Durchführungsbestimmungen zu den Anpassungen der Anhänge nicht aufgenommen wurden, bietet es sich an, eine Vorschlagspflicht Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL bzw. nach Abgabe der dort geforderten Listen Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL zu entnehmen.

Zugleich kann nur durch die Erfassung auch von Gebieten des alten Unionsgebiets dem in Art. 4 Abs. 1 bis 3 FFH-RL geregelten Verfahren Rechnung getragen werden. Denn dieses betrifft die Errichtung eines unionsweiten Netzwerks, was auch Erkenntnisse über gegebenenfalls vernachlässigte Vorkommen und deren Quantität und Qualität in den bisherigen Mitgliedstaaten bedingt, deren gemeinschaftliche Bedeutung gerade nicht von den Mitgliedstaaten, sondern der Kommission zu beurteilen ist.[370]

Gleiches muss letztlich trotz der sehr sparsamen Anhaltspunkte in der Richtlinie auch für Änderungen der Anhänge nach Art. 19 UAbs. 1 FFH-RL angenommen werden. Nach dieser Vorschrift werden aufgrund technischen und wissenschaftlichen Fortschritts erforderliche Änderungen der Anhänge I und II vom Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit beschlossen.[371]

Obwohl auch insoweit die Richtlinie mit Blick auf den Zeitplan für die Netzwerkerrichtung derartige Pflichten nicht vorzusehen scheint und Art. 19 UAbs. 1 FFH-RL entsprechende Verpflichtungen nicht regelt, ist diese Erkenntnis Ausdruck der Erwägung, dass die dort angesprochene Dynamik der Richtlinie jedes sinnvollen Zwecks entbehren würde, wenn mit dieser nicht zugleich entsprechende Vorschlagspflichten einhergingen. Rechtlich verankern lässt sich diese Rechtspflicht nach Abschluss der eigentlichen Phase 1 ebenfalls in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL.

Im Ergebnis kommen damit auch aufgrund der Fortentwicklung der Richtlinie weitere Meldepflichten in Betracht, die ihre Grundlage in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL finden.

4. Kein Wiederaufgreifen des Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 1995/2225

Die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 1995/2225 wurde von Naturschützern mit Nachdruck angegriffen.[372] Diese Einwände gegen die

---

369 Siehe *H.-J. Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 EUV, Rn. 7.

370 Oben Kapitel 2, A., I., 1.

371 U.a. auf diese Vorschrift stützt sich die Richtlinie 97/62/EG v. 27.10.1997 (ABl. EG L 305 v. 8.11.1997, S. 42 ff.), durch deren Art. 1 der CORINE-Code durch den NATURA 2000-Code in den Anhängen I und II ersetzt wurde (Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 97/62/EG).

372 Siehe beispielsweise in Bezug auf das niedersächsische Wattenmeer die Darstellung des Zusammenschlusses *„Wattenrat“,* EU-Kommission hat Beschwerdeverfahren eingestellt, Pressemitteilung (Oktober 2006).

Verfahrenseinstellung geben Anlass zu der Frage, ob die Kommission ihre Ansicht ändern und das alte Verfahren erneut aufgreifen kann.

Mag das nicht zuletzt politische Gewicht der Kommissionsentscheidung eine Abkehr von dieser ohnehin unwahrscheinlich erscheinen lassen, ist eine solche Möglichkeit bereits mit Blick auf den Streitgegenstand zu verneinen. Hierbei kann unmittelbar an die Einwände hinsichtlich des eingestellten Vertragsverletzungsverfahrens selbst angeknüpft werden. Die im letzten Moment abgewendete zweite Vertrags-verletzungsklage, die zu empfindlichen Zahlungen hätte führen können[373], war bereits hinsichtlich ihrer Zulässigkeit umstritten. Das Vertragsverletzungsverfahren, das sich der Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland wegen einer völlig mangelhaften Vorschlagsliste im Jahr 2001 anschloss[374], wurde entgegen auch von niedersächsischer Seite vorgetragener Einschätzung nicht als neues Verfahren betrieben, obwohl die Beanstandung sich nun nicht mehr auf die unzureichende Gesamtmeldung, sondern auf einzelne fehlende Gebiete bezog.[375] Juristisch wurde hiermit der Einwand erhoben, dass die prozessualen Streitgegenstände, die bereits durch das Vorverfahren festgelegt wurden, verschieden seien.[376] Die Kommission dagegen vertrat die Position, dass es auch bei dem Vorwurf „nur“ noch fehlender Gebiete weiterhin um die Tatsache einer unzureichenden Gesamtmeldung gehe.[377] Ist aufgrund der Verfahrenseinstellung diese Frage nicht mehr zu bewerten, wirkt dieser Aspekt gleichwohl fort. Denn für den Fall, dass die Kommission ihre Position hinsichtlich einer Fläche oder auch mehrerer Gebiete im Meeresbereich ändern sollte, steht nun jedenfalls nicht mehr die Gesamtmeldung im Blick. Stattdessen kommt nur noch die Verletzung einer Pflicht aus Art. 4 Abs. 1 S. 4 FFH-RL in Betracht. Ihren Verpflichtungen infolge des Urteils aus dem Jahr 2001 ist die Bundesrepublik Deutschland dagegen nachgekommen, so dass das Vertragsverletzungsverfahren nicht wieder aufgenommen werden kann.

IV. Die Unterschutzstellung von FFH-Gebieten

Mit der Verabschiedung der Gebietsliste und der Aufnahme entsprechender Flächen des Untersuchungsbereichs rückt die Frage der Ausweisung der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und der hierbei zu beachtenden Anforderungen an die Mitgliedstaaten in den Fokus der Aufmerksamkeit.

Die Richtlinie verpflichtet in Art. 4 Abs. 4 FFH-RL die Mitgliedstaaten, diese Gebiete so schnell wie möglich, spätestens aber innerhalb von sechs Jahren, als

373 Vgl. BT-Drs. 15/1771, S. 4.
374 EuGH, Urt. v. 11.9.2001, Rs. C-71/99, Slg. I-5811.
375 Presseinformation des *Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt und Klimaschutz* v. 28.10.2004, Nr. 113/2004.
376 Zum Ganzen allgemein *Thiele,* Europäisches Prozessrecht, § 5, Rn. 16.
377 Mit Gründen versehene Stellungnahme im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5117, S. 6.

besondere Schutzgebiete auszuweisen. Entsprechend ist im Folgenden zu untersuchen, ob und wann dieser Verpflichtung nachgekommen wurde.

Da für den Fristbeginn die Aufnahme des Gebiets in die Gemeinschaftsliste ausweislich des Wortlautes konstitutiv ist, verlagert sich der rechnerisch nach der Grundkonzeption der FFH-RL eigentlich zu ermittelnde Stichtag des 5. Juni 2004 für die Ausweisung sämtlicher Gebiete nach hinten.[378] Kann die angestrebte Endfrist, eingedenk der Tatsachen, dass die für die Ausweisung notwendige naturfachliche Aufbereitung einige Zeit in Anspruch nimmt und zugleich vor Aufnahme der Gebiete in die Gemeinschaftsliste Art. 4 Abs. 4 FFH-RL noch keine Pflichten für die noch nicht bestimmten Gebiete einfordern konnte, zwar vor der Listung der Gebiete noch gar nicht abgelaufen sein, so darf mit Blick auf die Treuepflicht der Mitgliedstaaten aus Art. 4 Abs. 3 EUV bei einem vorhergehenden pflichtwidrigen Vereiteln der Einhaltung des Zeitplans der Richtlinie jedoch gefordert werden, erhöhte Anstrengungen zu unternehmen, um die Beanspruchung des zur Verfügung stehenden Rahmens auf das für die Ausweisung absolut notwendige Maß zu beschränken.

Für das niedersächsische Küstenmeer musste die Ausweisung aufgrund ihrer frühzeitigen Listenaufnahme, die der Bundesrepublik Deutschland am 8. Dezember 2004 bekanntgegeben wurde, ungeachtet der Möglichkeit etwaiger zeitlicher Vorverlagerungen, spätestens bis zum 8. Dezember 2010 erfolgt sein. Hinsichtlich der am 13. November 2007 bekanntgegebenen Listung der Gebiete „Doggerbank“, „Sylter Außenriff“ und „Borkum-Riffgrund“ im Bereich der AWZ in der Nordsee lässt sich eine Frist bis zum 13. November 2013 errechnen.[379]

Nicht entschieden ist damit indes bereits, wie die Mitgliedstaaten diese Ausweisung vorzunehmen haben. Diese Einsicht bedingt im Folgenden zunächst aufzuarbeiten, welche Anforderungen an eine Ausweisung gestellt werden, und im Anschluss festzuhalten, ob und wann diese berücksichtigt wurden.

1. Formelle Anforderungen an eine Unterschutzstellung von FFH-Gebieten

Mit Blick auf Art. 1 lit. l) FFH-RL[380] besteht Grund zu der Annahme, dass den Mitgliedstaaten bei der Unterschutzstellung weitgehende Freiheiten gelassen wurden, da dort auch die Ausweisung durch Verwaltungsvorschriften und vertragliche Vereinbarungen ausdrücklich aufgeführt sind.

Obwohl ein Rückgriff auf eine einschlägige Rechtsprechungslinie des EuGH speziell zu FFH-Gebieten aufgrund der erheblichen Verzögerungen bei der Erstellung der Gemeinschaftslisten bislang nicht möglich ist, liegt es allerdings aufgrund des auch von der FFH-RL verfolgten effektiven Flächenschutzes nahe,

---

[378] Anders offenbar *Niederstadt,* Leitfaden, S. 2.

[379] Angestrebt wird eine Unterschutzstellung bis zum Jahr 2014, *Krause/Wollny-Goerke/Boller* u.a., NuL 2011, 397 (403).

[380] Vgl. auch *Czybulka,* EurUP 2008, 181 (181 f.) in Bezug auf andere, ebenfalls verbindliche Sprachfassungen der Richtlinie.

die vergleichsweise strengen Anforderungen für Vogelschutzgebiete auf FFH-Gebiete zu übertragen.[381]

Aus dem vorzufindenden Spektrum an Ansätzen und Interpretationen lassen sich zwei maßgeblich erscheinende Fragenkreise herausfiltern: Zum einen ist zu untersuchen, ob trotz der Definition in Art. 1 lit. l) FFH-RL, zumindest in der Regel, ein allgemeinverbindlicher und rechtsnormativer Ausweisungsakt zu fordern ist.[382] Zum anderen ist herauszuarbeiten, welchen inhaltlichen Anforderungen die Unterschutzstellung zu genügen hat, wobei auch diesbezüglich die Frage nach der erforderlichen rechtlichen Qualität zu beantworten ist.[383]

a) Rechtsnormativer Ausweisungsakt

Unter dem Eindruck der alleinigen Verankerung einer Pflicht zur Ausweisung der Gebiete in Art. 4 Abs. 4 FFH-RL und nicht zu erkennender gegensätzlicher textlicher Anhaltspunkte scheint der Standpunkt weitgehender Spielräume in der Definition in Art. 1 lit. l) FFH-RL sinnfälligen Ausdruck gefunden zu haben.

Aus einer grundsätzlichen Perspektive mag daher ein großzügiger Ansatz unter zwei Gesichtspunkten durchaus Zustimmung verdienen. Zum einen folgt schon aus der Natur der Richtlinie, dass den Mitgliedstaaten bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen Spielräume zustehen.[384] Weiter besteht Einigkeit, dass eine eigene Schutzgebietskategorie nicht gefordert, aber zulässig ist.[385]

Im Übrigen sind die zu bestimmenden Grenzen der Freiräume der Mitgliedstaaten[386] jedoch äußerst eng zu begreifen, so dass im Ergebnis, von einer Verkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses dergestalt auszugehen ist, dass gerade anders als es der Wortlaut von Art. 1 lit. l) FFH-RL nahelegt, regelmäßig eine rechtsnormative Ausweisung zu fordern ist. Dieses beruht auf folgenden Gründen:

Die Hinweise auf ein Gleichauf der Schutzintention und die sich hierdurch andeutende Übertragbarkeit der strengen Rechtsprechung des EuGH zu Vogelschutzgebieten[387] und auf das Gebot der Rechtssicherheit, die – jedenfalls soweit Dritte betroffen sind – durch vertragliche Absprachen nicht gewährleistet

---

381 *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (130).

382 Bejahend *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (130 f.); mit Blick auf verschiedene Konstellationen grundsätzlich auch *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (67); mit Einschränkungen *Gellermann,* Natura 2000, S. 61 ff.; *ders.,* in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband), § 78, Rn. 25; stärker am Wortlaut der Richtlinie orientiert *Epiney,* UPR 1997, 303 (307); im Grundsatz dagegen ohne Einschränkungen *Thum,* NuR 2006, 687 (687). Von einem eher deklaratorischen Charakter sprechen *Fisahn/Cremer,* NuR 1997, 268 (269).

383 Siehe nur *Czybulka,* EurUP 2008, 181 (183 f.) sowie bereits *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (111).

384 Hierauf weisen auch *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (111) hin.

385 *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (111); *Gellermann,* Natura 2000, S. 64.

386 Vgl. *Fisahn/Cremer,* NuR 1997, 268 (269) und *Epiney,* UPR 1997, 303 (307), die jeweils Einschränkungen vornehmen.

387 *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (130).

werden kann[388], sind beachtlich, erscheinen jedoch mit Blick auf Art. 1 lit. l) FFH-RL nicht zwingend auschlaggebend.

Der zentrale Aspekt ist dagegen angesprochen, wenn man die Forderung eines allgemeinverbindlichen und dauerhaften Grundschutzes erhebt.[389] Dieser Anspruch folgt aus der Bindung der Mitgliedstaaten beim Vollzug des entsprechenden Ausführungsrechts an das Effektivitäts- und das Äquivalenzgebot.[390]

Das Effektivitätsgebot fordert von den Mitgliedstaaten, ihre Handlungen so auszurichten, dass die Wirkung der unionsrechtlichen Norm weder praktisch unmöglich noch übermäßig erschwert wird.[391] Hat der EuGH mit Blick auf die Freiwilligkeit einer vertraglichen Absprache im Zusammenhang mit den Vogelschutzgebieten eine dahingehende Eignung abgesprochen[392], so darf auch hinsichtlich der Ausweisung von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung das Postulat eines allgemeinverbindlichen Grundschutzes zur Erreichung des bezweckten effektiven Schutzes unter Übertragung dieser Rechtsprechung Zustimmung erfahren[393], die dogmatisch im Effektivitätsgebot zu verorten ist.[394]

Zu Recht wird weitergehend überdies darauf hingewiesen, dass das Diskriminierungsverbot, das beim Vollzug von Unionsrecht zu einer Gleichbehandlung im Vergleich zu rein national gelagerten Fällen verpflichtet[395], mit Blick auf die heute in §§ 20 ff. BNatSchG geregelten, hergebrachten normativen Festlegungen zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft, zu der Erkenntnis zwingt, dass eine abweichende Behandlung der unionsrechtlich bedingten Schutzgebietserrichtungen regelmäßig in eine Verletzung dieses Verbots münden würde.[396]

Zusammengefasst sind Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung daher in aller Regel[397] durch einen allgemeinverbindlichen, rechtsnormativen Akt unter Schutz zu stellen.

Im Hinblick auf das Effektivitätsgebot ist auch eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH zu Vogelschutzgebieten geboten. Dieser fordert, dass die Möglichkeit einer Konfrontation Dritter mit den Schutzgebietsgrenzen

---

388 *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (111).

389 *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (67).

390 *Gellermann,* Natura 2000, S. 63. Grundlegend zu diesen unionsrechtlichen Pflichten EuGH, Urt. v. 21.9.1983, verb. Rs. 205–215/82, Slg. 2633, Rn. 19, 22 – Deutsche Milchkontor; siehe eingehend auch *v. Bogdandy/Schill,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 4 EUV, Rn. 79 ff.

391 *Kahl,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 62.

392 EuGH, Urt. v. 25.11.1999, Rs. C-96/98, Slg. I-8531, Rn. 26 f. – Poitou.

393 *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (130).

394 *Gellermann,* Natura 2000, S. 63.

395 EuGH, Urt. v. 21.9.1983, verb. Rs. 205–215/82, Slg. 2633, Rn. 23.

396 *Gellermann,* Natura 2000, S. 63 f.

397 Zu hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen im Bereich des Vertragsnaturschutzes vgl. *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (111) und *Gellermann,* Natura 2000, S. 64, Fn. 183.

besteht.[398] Der Gerichtshof erhebt damit den Anspruch einer verbindlichen und exakten Gebietsabgrenzung.[399]

b) Regelung im deutschen Recht

Die rechtlichen Grundlagen in der Bundesrepublik Deutschland sind geeignet, diesen Ansprüchen gerecht zu werden.

Bereits nach § 19b Abs. 2 in der seit 1998[400] geltenden Fassung sowie § 33 Abs. 2 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[401] waren Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung grundsätzlich zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 12 Abs. 1 bzw. § 22 Abs. 1 des BNatSchG in der Fassung des Jahres 1998[402] bzw. aus dem 2002[403] zu erklären. Eine entsprechende Regelung enthielt auch § 34b Abs. 2 Nr. 1 NNatG.[404] Inzwischen besteht mit § 32 Abs. 2 BNatSchG n.F. eine Vollregelung des Bundes.

Auch wenn die insoweit äußerst dürftigen Gesetzgebungsmaterialien keine abschließende Einordnung zulassen, fand sich bereits im 1998 geänderten BNatSchG[405] in § 19 Abs. 4 sowie in § 33 Abs. 4 des durch die Neuregelung 2002 in Kraft getretenen BNatSchG[406] und in § 34b Abs. 4 NNatG[407] eine an die Definition in Art. 1 lit. l) FFH-RL offenbar angelehnte Vorschrift[408], die in § 32 Abs. 4 BNatSchG n.F. übernommen wurde. Obschon diese Vorschrift ohnehin für ihre praktische Anwendung bei der Ermittlung der Gleichwertigkeit des Schutzes besondere Herausforderungen bereithält[409], darf dem Hinweis auf eine restriktive Handhabung[410] ohne Weiteres zugestimmt werden, da anderenfalls gerade der widerlegte Anschein der Definition in Art. 1 lit. l) FFH-RL zur Geltung gebracht würde.

398 EuGH, Urt. v. 6.3.2003, Rs. C-240/00, Slg. I-2187, Rn. 21.

399 *Gellermann/Stoll/Schwarz/Wolf,* Nutzungsbeschränkungen in geschützten Meeresflächen, S. 16. Zum Ganzen auch bereits *Füßer,* in: Ziekow, Flughafenplanung, 407 (417) m.w.N.

400 BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

401 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

402 BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

403 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

404 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung naturschutzrechtlicher Vorschriften v. 27.1.2003, Nds. GVBl., S. 39, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

405 BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

406 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

407 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung naturschutzrechtlicher Vorschriften v. 27.1.2003, Nds. GVBl., S. 39, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

408 So auch *Czybulka,* EurUP 2008, 181 (183).

409 Hierzu *Thum,* NuR 2006, 687 (688).

410 *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (66).

2. Die Unterschutzstellung in der Praxis

Diese vergleichsweise strengen Vorgaben bringen es mit sich, der Frage nachgehen zu müssen, ob und wie sich diesen im Untersuchungsbereich in der Praxis angenommen wurde.

Mit Blick auf den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ besteht die Besonderheit, dass die textliche Beschreibung der Gebietsgrenzen des entsprechend der Meldeanpassung im Jahr 2001 in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommenen Gebiets erst durch die Neufassung des § 2 Abs. 3 NWattNPG im Jahr 2010[411] nachvollzogen wurde. Gleichwohl wurde für den Zeitraum nach der Aufnahme des Gebiets in die Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung bereits durch § 2 Abs. 3 S. 4 NWattNPG a.F.[412] Vorsorge getroffen, der – wie aufgrund der Anpassungsbitte grundsätzlich erwartet – bei einer abweichenden Gebietsfestlegung diese Gebietsgrenzen an die Stelle der eigentlich in § 2 Abs. 2 S. 2 NWattNPG a.F.[413] genannten treten ließ. Obwohl damit theoretisch ermittelbar war, welches die zugrunde zu legenden Gebietsgrenzen sein sollten, ist darauf hinzuweisen, dass der Entscheidung der Kommission aus dem Jahr 2004 eine exakte Gebietsabgrenzung nicht entnommen werden konnte[414], weil sich diese in der Bezeichnung des Gebiets erschöpfte. Daher ist die nunmehr mit der Bezugnahme in § 2 Abs. 3 S. 2 NWattNPG auf die Anlage 2 durch den niedersächsischen Gesetzgeber geschaffene Abhilfe positiv zu würdigen. Zugleich ist auch bemerkenswert, dass die frühzeitige Annahme des Unterschutzstellungsauftrags noch vor Aufnahme des Gebiets in die Gemeinschaftsliste eine nahtlose Schutzgewährung nach der Listung des Gebiets in die Gemeinschaftsliste ermöglichte.[415]

Da es sich beim Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ um eine bereits unter Schutz gestellte Fläche handelt, ist darauf hinzuweisen, dass in derartigen Fällen eine erneute Ausweisung nicht erforderlich ist, sondern alleine die materiellen Anforderungen der Ausweisung gewährleistet werden müssen.[416] Ein Hinweis auf die besondere Qualität ist aufzunehmen.[417]

Für den Bereich der AWZ sind bislang keine Unterschutzstellungen erfolgt. Seit Ablauf der hierfür zur Verfügung stehenden Frist im November 2013[418]

---

[411] Geändert durch Art. 3 Nr. 2 lit. c) des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

[412] In der Fassung des Gesetzes über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ v. 11.7.2001, Nds. GVBl., S. 443.

[413] In der Fassung des Gesetzes über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ v. 11.7.2001, Nds. GVBl., S. 443.

[414] Vgl. die Entscheidung der Kommission v. 7.12.2004, ABl. EU Nr. L 387 v. 29.12.2004, S. 9.

[415] Nds. LT-Drs. 14/1900, S. 36 f.

[416] *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 32 BNatSchG, Rn. 13.

[417] Frühzeitig bereits *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (111).

[418] Siehe 2. Kapitel, A., IV.

begeht die Bundesrepublik Deutschland daher einen Pflichtverstoß. Zu beachten ist die Zuständigkeitsregelung. Nach § 57 Abs. 2 BNatSchG obliegt die Unterschutzstellung dem BMU. Sie erfolgt durch Rechtsverordnung.

3. Materielle Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unterschutzstellung

Hat die Erkenntnis der Notwendigkeit einer rechtsnormativen Unterschutzstellung damit auch bereits in die Praxis Eingang gefunden, ist von ebenso besonderer Bedeutung, welche inhaltliche Qualität dieser Akt aufweisen muss und ob auch ein entsprechender materieller Gehalt rechtsnormativ niederzulegen ist.

Über die in Art. 4 Abs. 4 FFH-RL genannte Prioritätenfestsetzung hinaus enthält die FFH-RL keine unmittelbaren Einlassungen zu dem erforderlichen materiellen Gehalt einer Ausweisung. Dieses verdankt sich ohne Weiteres der Tatsache, dass der Schutz der Gebiete aufgrund der naturwertigen Unterschiede jeweils ein unterschiedliches Schutzniveau erfordern wird, so dass die Ausweisung bereits aus allgemeiner Perspektive zuvörderst an den Bedürfnissen des einzelnen Gebiets zu orientieren ist.

Andererseits ist die Ausweisung kein Selbstzweck. Ihr ist die Aufgabe zugedacht, dem Schutzgebiet die für die Erreichung des bezweckten Schutzes notwendigen Bezugspunkte zu vermitteln. Dieser Anspruch besteht ungeachtet der Frage, welche Lebensraumtypen oder Arten das auszuweisende Gebiet konkret repräsentiert. Daher sind zwar konkrete materielle Anforderungen an die Ausweisung jedenfalls z.T. einer Beurteilung der naturfachlichen Lage des Einzelfalls überantwortet. Dieses schließt jedoch nicht aus, dass abstrakte Kriterien ermittelt werden können, die die Grenzen aufzeigen, die der Mitgliedstaat im Interesse der bezweckten Schutzgewährung in jedem Fall zu beachten hat.

a) Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands

Die bis zur Neuregelung des Rechts auf dem Gebiet des Naturschutzes im Jahr 2010 in § 10 Abs. 1 Nr. 9 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[419], gegebenenfalls i.V.m. § 34a Abs. 1 NNatG[420], niedergelegte Definition, legte ein Verständnis nahe, das nicht dem Ansatz der FFH-RL entsprach[421] und dessen gedankliche Nachwirkung eine klarstellende Einordnung verlangt.

Fordert Art. 4 Abs. 4 FFH-RL von den Mitgliedstaaten eine Prioritätensetzung nach Maßgabe der Wichtigkeit für die Wahrung oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes, deutet die definitorische Ausformung in § 10 Abs. 1 Nr. 9 BNatSchG in der Fassung durch die Neuregelung aus dem Jahr

---

419 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193. Ebenso bereits § 19a Abs. 2 Nr. 7 des BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998 (BGBl. I, S. 2995).

420 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung naturschutzrechtlicher Vorschriften v. 27.1.2003, Nds. GVBl., S. 39, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

421 So deutlich BT-Drs. 16/12274, S. 53.

2002[422], nach der als Erhaltungsziele die Erhaltung oder die Wiederherstellung der in dem betreffenden Gebiet vorkommenden Lebensraumtypen und Arten der Anhänge I und II zu verstehen sein sollte, darauf hin, dass dieser Verpflichtung damit bereits abschließend oder zumindest teilweise nachgekommen worden war – erst recht, wenn man die in Art. 1 lit. e) FFH-RL benannten Kriterien für die Ermittlung eines günstigen Erhaltungszustandes hinzuzog.

Ungeachtet der Frage, ob der Gesetzgeber hierbei unzutreffende Vorstellungen verarbeitet hatte[423], war in diesen Definitionen allein die Wiederholung der mit der Errichtung der FFH-Gebiete verbundenen abstrakten Zielsetzung aus Art. 2 Abs. 2 FFH-RL zu sehen, die in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 FFH-RL Ausdruck gefunden hat und den Anspruch umfasst, den Fortbestand sowie gegebenenfalls die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes der in den Anhängen I und II der FFH-RL benannten Lebensraumtypen und Arten der auszuwählenden Gebiete zu gewährleisten, für deren Erreichung Art. 4 Abs. 4 FFH-RL aber gerade erst Prioritätensetzungen einfordert.

Diese grundsätzliche Zielsetzung hat daher mit der von Art. 4 Abs. 4 FFH-RL geforderten Festlegung nur insoweit etwas zu tun, als die Prioritätensetzung bei der Ausweisung in deren Interesse steht und ein Instrument zu ihrem Erreichen darstellt. Umgekehrt folgt hieraus zugleich, dass die geforderte eigentliche Prioritätensetzung ein von derartig allgemeinen Bestrebungen zu unterscheidender Vorgang ist.

Obwohl wortgleiche oder entsprechende Wiederholungen der abstrakten Zielsetzung damit nicht erforderlich sind, aber den Mitgliedstaaten grundsätzlich freistehen, ist es begrüßenswert, dass die Definition in § 7 Abs. 1 Nr. 9 des geltenden BNatSchG um die Vermeidung eines derartigen Irrtums bemüht ist, indem sie nur noch den Rahmen benennt, innerhalb dessen sich erst noch festzulegende Erhaltungsziele zu bewegen haben.

b) Prioritätenfestlegung und Formulierung von Erhaltungszielen

Der Kern des Problems ist damit gleichwohl noch nicht befriedigend gelöst. Denn fragt man nach dem bei der Ausweisung mitzugebenden materiellen Gehalt, ist ungeklärt geblieben, was genau unter der verlangten Prioritätensetzung zu verstehen ist und wie die angesprochenen Erhaltungsziele hierbei einzuordnen sind. Anzuknüpfen ist an Art. 4 Abs. 4 FFH-RL, der bei der Gebietsausweisung Prioritätenfestsetzungen anhand verschiedener Kriterien einfordert.

Diese Aussage lässt nicht nur erkennen, dass der Anspruch einer gewissen Qualität der Ausweisung erhoben wird, sondern vor allem auch, dass die geforderte Prioritätensetzung dazu führen soll, dass der Mitgliedstaat sich ein umfassendes Bild von den Problemen des Gebiets verschafft, anhand dessen er

---

422 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

423 Kritisch *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 10, Rn. 7.

Schwerpunkte für den Schutz und die Förderung der Gebiete setzt, die zueinander in einem Vorrangverhältnis stehen sollen.[424]

Wenngleich mit Blick auf die übergeordnete Zielsetzung der Richtlinie aus Art. 2 Abs. 2 FFH-RL der Bewahrung und Wiederherstellung besonderes Gewicht beizumessen ist, spezifizierte der Unionsrechtsgeber die für die Erreichung dieser Zielsetzung für erforderlich gehaltenen Anforderungen in Art. 4 Abs. 4 FFH-RL dahingehend, dass auch die Kohärenz des Netzwerks und die Gefährdungslage des Gebiets für die Wiederherstellung und Bewahrung der Arten und Lebensräume von hoher Bedeutung sind. Weiter ist zugrunde zu legen, inwieweit diese Gebiete von Schädigung oder Zerstörung bedroht sind. Ein Rangverhältnis lassen die Kriterien nicht erkennen.[425]

Praktisch fordert Art. 4 Abs. 4 FFH-RL hierbei in einem ersten Schritt eine umfassende Analyse der Wertigkeit des Gebiets und in einem zweiten Schritt Prioritätensetzungen auf der Grundlage dieser Vorarbeit.[426]

Für die im Zentrum des Schutzregimes stehende Verträglichkeitsprüfung bilden nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL dagegen sog. Erhaltungsziele den Maßstab. Diese sind weder im Richtlinientext noch im nationalen Recht abstrakt formuliert, sondern sind als gebietsspezifische Konkretisierungen für jedes Gebiet entsprechend der Gefährdungslage und dem Potenzial des Gebiets und den geschützten Arten und Lebensraumtypen zu entwickeln.[427] Sie sind Zielsetzungen hinsichtlich des zukünftigen Zustands des konkreten Gebiets und enthalten daher Soll-Vorgaben.[428]

Obwohl diese Festsetzungen in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL vorausgesetzt sind, sie begrifflich jedoch insbesondere in Art. 4 Abs. 4 FFH-RL nicht aufgegriffen werden, ist hierbei in der Sache dennoch gleichsam an die Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 4 FFH-RL anzuknüpfen.[429]

c) Vermittlung eines geeigneten Schutzstandards

Neben aufgrund der Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 FFH-RL in Betracht zu ziehenden Festsetzungen notwendiger Erhaltungsmaßnahmen muss auch der Akt der Unterschutzstellung dafür Sorge tragen, den erforderlichen Schutz des Gebiets zu gewährleisten.

Obwohl unionsrechtlich die vom Bundesgesetzgeber in § 32 Abs. 2 BNatSchG zugestandene Wahlmöglichkeit zwischen den benannten Schutzkategorien der §§ 20 ff. BNatSchG sowie die Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Schutz-

---

[424] *Gellermann/Stoll/Schwarz/Wolf,* Nutzungsbeschränkungen in geschützten Meeresflächen, S. 28; *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 10, Rn. 8.

[425] Vgl. *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (127).

[426] *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 10, Rn. 8.

[427] *Niederstadt,* Leitfaden, S. 5; *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 10, Rn. 8.

[428] *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 10, Rn. 9.

[429] So *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 10, Rn. 8.

standards des Schutzgebiets nicht grundsätzlich anzugreifen sind, muss daher beachtet werden, dass das erforderliche Schutzniveau gewährleistet wird.[430]

Dieses hängt im Bereich des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL zunächst einmal von der inhaltlichen Qualität der Erhaltungsziele ab. Je niedriger der Konkretisierungsgrad der formulierten Ziele ist, desto weniger kann mit ihrer Festsetzung der Anspruch verbunden sein, einen hinreichenden Bezugspunkt zum Schutz der Gebiete zu vermitteln.[431] Daher können Ausdifferenzierungen der Erhaltungsziele bis hin zur Aufnahme detaillierter Angaben, welche Vorgänge, Veränderungen oder Auswirkungen nicht erfolgen sollen, oder die Formulierung von quantitativen Zielsetzungen geboten sein.[432]

Umgekehrt wird den Anforderungen aber auch bereits dann genügt, wenn nicht für alle vorkommenden Arten oder Lebensraumtypen der Anhänge I und II Erhaltungsziele festgelegt werden, sondern nur für die, derenthalben die Aufnahme des Gebiets in das Netzwerk erfolgte, das heißt beispielsweise besonders gefährdete oder gebietskennzeichnende Arten oder Lebensraumtypen.[433]

Der zur Erreichung der Erhaltungsziele erforderliche Schutz wird daneben regelmäßig auch konkrete Regelungen in Form von Ge- und Verboten bedingen, um einer Ungeeignetheit des Schutzes durch im Einzelfall sachwidrige Spielräume vorzusorgen.[434]

Die Spannbreite denkbarer Ver- und Gebote reicht von generalklauselartigen Formulierungen bis hin zu Einzelfallregelungen.[435] Auch wenn eine juristisch schwer zu handhabende Grauzone erkennbar ist, ist eine Pflicht zur Vermittlung des erforderlichen Schutzniveaus durch Erlass einschlägiger Verbote auch für den Bereich der in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL angesprochenen Projekte jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Auswertung des naturfachlichen Befundes zu der Erkenntnis führt, dass bestimmte Vorgänge stets als unverträglich anzusehen sind. Denn dann muss ein geeigneter und wirksamer Schutz über eine grundsätzliche Steuerung des Verhaltens im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung hinausgehen,

---

[430] *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (66); *Gellermann,* Natura 2000, S. 145. Zweifelnd in Bezug auf Naturparks *Czybulka,* EurUP 2008, 181 (183). Obwohl in § 22 Abs. 1 S. 2 BNatSchG Mindestinhalte benannt werden, lassen die §§ 23 ff. BNatSchG Raum für unterschiedlich hohe Schutzniveaus. Dieses gilt mit Blick auf § 23 Abs. 2 und § 24 Abs. 3 BNatSchG auch für die im Untersuchungsbereich bei der Ausweisung von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung besonders in Betracht zu ziehenden Kategorien „Naturschutzgebiet" und „Nationalpark".

[431] *Gellermann/Stoll/Schwarz/Wolf,* Nutzungsbeschränkungen in geschützten Meeresflächen, S. 29 f.

[432] Zu beiden Anreicherungen der Erhaltungsziele mit Beispielen *Niederstadt,* Leitfaden, S. 29.

[433] BVerwG, NVwZ 2008, 1115 (1117); siehe auch schon *Bickenbach,* LKRZ 2008, 246 (249).

[434] *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (131). Siehe auch *Gellermann,* ZUR 2005, 581 (582) mit dem Hinweis auf die Bezeichnung als „antizipierte Verträglichkeitsprüfung". Mit Blick auf die ohnehin zweifelhafte Regelung in § 67 Abs. 1 BNatSchG (hierzu *Gellermann,* NVwZ 2010, 73 [77]) ist darauf hinzuweisen, dass selbst bei Etablierung eines Verbots die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung notwendig werden kann; siehe näher die Ausführungen von *Fischer-Hüftle,* NuR 2010, 34 (35 ff.).

[435] Detailreich ausgeführt bei *Niederstadt,* Leitfaden, S. 31 ff.

weil ein Ausschluss des Projekts sich als zwingend dargestellt hat, dieser aber nicht einer Beurteilung anhand weiter gefasster Erhaltungsziele oder der Gefahr einer unbedachten Ausnahmeentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL anheimgestellt werden darf.

d) Rechtsnormative Festlegung der materiellen Ausgestaltung

Der aufgezeigte materielle Gehalt ist hierbei selbst rechtsnormativ festzulegen. Denn ungeachtet der Frage, ob man die Beigabe der Erhaltungsziele dem Akt der Ausweisung im engeren Sinne zurechnen möchte[436], erscheint mit Blick auf die bezweckte Verbindlichkeit der Erhaltungsziele für die Verträglichkeitsprüfung allein eine rechtsnormative Form geeignet.[437] Gleiches gilt mit Blick auf ihre Funktionsweise ohnehin in Bezug auf Ge- und Verbote.

e) Die Konzeption im nationalen Recht

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse ist auf einige Ausprägungen im nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland hinzuweisen, die zunächst in § 19b Abs. 2 und 3 des 1998 geltenden BNatSchG[438] bzw. § 33 Abs. 2 und 3 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[439] und dann in § 34b Abs. 2 und 3 NNatG[440] verortet waren und heute in § 32 Abs. 2 und 3 BNatSchG n.F. geregelt sind.

§ 32 Abs. 2 BNatSchG enthält den Auftrag an die Länder, die Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG zu erklären. Dieses erfordert folglich nicht nur eine Ausrichtung anhand der Schutzbedürftigkeit, sondern führt mit Blick auf § 22 Abs. 1 S. 2 BNatSchG auch bereits zu einem Mindestgehalt der Schutzerklärung u.a. in Gestalt der Bestimmung des Schutzgegenstandes, des Schutzzwecks und der zur Erreichung des Schutzzwecks notwendigen Ge- und Verbote.

Hinsichtlich Letztgenannter ist zu bedenken, dass die in §§ 23 ff. BNatSchG niedergelegten Ge- und Verbote nicht aus sich heraus wirken, sondern Vorgaben für die Ausgestaltung des Schutzes des Gebiets im Rahmen der rechtsverbindlichen Festsetzung sind.[441] Für Naturschutzgebiete im Sinne des § 23 BNatSchG und Nationalparks nach § 24 BNatSchG, die gem. § 24 Abs. 3 BNatSchG grundsätzlich wie Naturschutzgebiete zu schützen sind, ist darauf hinzuweisen,

---

436 Dafür *Baum,* NuR 2005, 87 (91).

437 *Gellermann/Stoll/Schwarz/Wolf,* Nutzungsbeschränkungen in geschützten Meeresflächen, S. 33 f.; *Fischer-Hüftle,* NuR 2008, 213 (217).

438 BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.

439 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

440 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung naturschutzrechtlicher Vorschriften v. 27.1.2003, Nds. GVBl., S. 39, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

441 *Gassner/Heugel,* Das neue Naturschutzrecht, S. 107; *Appel,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 23 Rn. 33.

dass die nach § 23 Abs. 2 S. 1 BNatSchG zu untersagenden Aktivitäten auch außerhalb der geschützten Flächen vorgenommene Maßnahmen betreffen können.[442] Eine Relevanz ist daher auch für jenseits der geschützten Teile von Natur und Landschaft gelegene Offshore-Windparks nicht von vornherein auszuschließen, sondern der naturfachlichen Ausgestaltung der Unterschutzstellung überantwortet.

Angesprochen ist hiermit ein Kernproblem der Diskussion um die Tragweite des Habitatschutzrechts auf die Genehmigung von Offshore-Windkraftanlagen. Im Hinblick auf Windkraftanlagen an Land wird allgemein aufgrund der Regelung in § 23 Abs. 2 S. 1 BNatSchG von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit von Windkraftanlagen in Naturschutzgebieten ausgegangen und daher – eine entsprechende Ausweisung vorausgesetzt – ungeachtet des Schutzregimes des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG schon aufgrund hergebrachter Mechanismen zu vergleichsweise eindeutigen Ergebnissen gelangt.[443] Im Meeresbereich steht dagegen wegen der weitgehend angestrebten Errichtung der Windparks außerhalb von Natura-2000-Gebieten diese im Landbereich einen Schwerpunkt der Diskussion bildende Problematik gar nicht in Rede. Vielmehr geht es vor allem um Auswirkungen durch außerhalb der Schutzgebiete gelegene Windkraftvorhaben, auf die wegen der Barrierefreiheit im Meeresbereich und der weitflächigen Nutzung des Bereichs durch einzelne Arten[444] nicht einmal für den Landbereich vorgeschlagene, am Einzelfall auszurichtende Mindestabstände von 500 bis 1000 Metern[445] übertragen werden können. Entsprechend verlässt man das Terrain vergleichbar gesicherter Erkenntnisse, soweit außerhalb der Schutzgebiete gelegene Vorhaben nicht von einschlägigen Verboten erfasst werden.

Hinsichtlich § 32 Abs. 3 BNatSchG ist aus habitatschutzrechtlicher Sicht festzustellen, dass durch die in § 32 Abs. 1 S. 1 BNatSchG geforderte Bestimmung der Gebietsbegrenzungen und die in § 32 Abs. 1 S. 3 BNatSchG angeordnete Sicherstellung der Anforderungen des Art. 6 FFH-RL durch Etablierung entsprechender Ge- und Verbote der Weg für die Erfüllung der vorstehend gezeichneten Anforderungen geebnet ist. Die in § 32 Abs. 3 S. 2 BNatSchG geforderte Benennung der zu schützenden prioritären Arten und Lebensraumtypen ist unionsrechtlich nicht zwingend, aber förderlich.[446]

Als problematisch zu kennzeichnen ist jedoch die Forderung in § 32 Abs. 3 S. 1 BNatSchG, dass die Schutzerklärung den Schutzzweck entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen zu bestimmen habe. Diese an die tradierte Konzeption

---

442 *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 23 BNatSchG, Rn. 19; *Gassner/Heugel,* Das neue Naturschutzrecht, S. 107.

443 Siehe nur *Scheidler,* DVBl. 2012, 216 (219 f.) m.w.N.

444 Siehe *BioConsult SH/Biola,* Fachgutachten Meeressäuger, S. 43 f., die angeben, dass Robben täglich Entfernungen von 50 bis 120 km zurücklegen.

445 *Scheidler,* DVBl. 2012, 216 (219).

446 *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 32 BNatSchG, Rn. 11.

der Festlegung von Schutzzwecken im Sinne des § 22 Abs. 1 S. 2 BNatSchG anknüpfende Vorgabe schöpft ihre besondere Bedeutung daraus, dass, anders als in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL formuliert, die Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 S. 2 BNatSchG nicht an die Erhaltungsziele, sondern diese Schutzzwecke gekoppelt wird. Die Bewertung dieser Ausgestaltung durch die Kommission in ihrem Mahnschreiben an die Bundesrepublik Deutschland vom 4. April 2000 als nicht ordnungsgemäße Umsetzung der FFH-RL[447] ist daher wenig überraschend.

Dieser Kritik ist zuzugeben, dass es selbst mit Blick auf die vormals in § 10 Abs. 1 Nr. 9 und 10 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[448] enthaltenen Definitionen schwer fällt, zu ermitteln, mit welchem Inhalt der Gesetzgeber diese Festsetzungen versehen wissen will, soll doch gerade der Schutzzweck entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen bestimmt werden.[449] Denn dieses führt bei unbefangener Lesart zu der Annahme, dass auch er zugleich die Existenz der in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL benannten Erhaltungsziele anerkennt, denen gegenüber der Schutzzweck zumindest eine weitere Umschreibung darstellen müsste.

Eine Lösung bietet sich an, wenn man die Begriffe Schutzzweck und Erhaltungsziel nicht derart streng voneinander unterscheidet.[450] Vom Ergebnis her betrachtet ging der Gesetzgeber davon aus, dass die sog. Schutzzwecke den Maßstab der Verträglichkeitsprüfung bilden. Das heißt, er knüpfte an die tradierten deutschen Begrifflichkeiten an und maß ihnen inhaltlich einen Gehalt bei, der aus unionsrechtlicher Sicht unter der Bezeichnung „Erhaltungsziele" firmiert. Daher sollte man mit Blick auf den verfehlten Ansatz in Bezug auf das Verständnis des Begriffs Erhaltungsziele in § 10 Abs. 1 Nr. 9 des 2002 in Kraft getretenen BNatSchG[451] und unter dem Eindruck der Feststellung, dass der Gesetzgeber im Übrigen keine Festsetzung der Erhaltungsziele eingefordert hat, ungeachtet einer nicht erfolgten Umstellung der Begrifflichkeiten in den § 33 f. BNatSchG, zumindest im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation davon ausgehen, dass der Schutzzweck als die vom Unionsrecht geforderte Festsetzung hinreichend konkretisierter Erhaltungsziele zu verstehen ist. Dieses bringt es auch mit sich, dass zumindest die Aufnahme der Schutzzwecke rechtsnormativ zu erfolgen hat.[452]

Hinsichtlich der damit definitorisch offengelassenen, in § 32 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BNatSchG benannten und zum Maßstab erhobenen jeweiligen Erhaltungsziele, die damit gleichsam auch von der abstrakten Definition in § 10 Abs. 1 Nr. 9 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[453] zu unterscheiden sind, muss zugleich

---

447 Az. SG (2000) D/102823, S. 4 f., abgedruckt in NuR 2000, 625 (626).
448 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.
449 Ähnlich *Czybulka,* EurUP 2008, 181 (184).
450 Diesen Ansatz verfolgt auch *Czybulka,* EurUP 2008, 181 (184).
451 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193. Deutlich eingeräumt durch BT-Drs. 16/12274, S. 53.
452 I.E. ebenso *Czybulka,* EurUP 2008, 181 (184).
453 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

umgekehrt überlagernd ein bereits derart hinreichendes Verständnis beigemessen werden, dass die Wahl der Schutzgebietskategorie wie die geforderte Ausgestaltung der als Schutzzweck bezeichneten Erhaltungsziele nicht vereitelt wird.

Im Ergebnis darf also weder der Begriff Schutzzweck im Sinne weitergehender Konkretisierungen verstanden werden und damit dazu führen, dass einzelne Soll-Größen unsachgemäß ausgeblendet werden, noch der Begriff der Erhaltungsziele zu eng gefasst werden und auf diese Weise vorab Weichenstellungen ermöglichen, die dem geforderten Schutz abträglich sind.

Sind die gezeichneten materiellen Anforderungen bei der Ausweisung zusätzlicher Gebiete ohne Weiteres zu beachten, existierte jedoch im Untersuchungsbereich bereits der Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer". Für solche bestehenden Schutzgebiete ist die Maßgabe zu beachten, dass aus unionsrechtlicher Sicht den materiellen Anforderungen trotz bereits erfolgter Unterschutzstellung nachzukommen ist.[454] Geht man indes davon aus, dass derartige überkommene Schutzerklärungen den bezeichneten speziellen Anforderungen naturgemäß nicht genügen werden, bereitet die Verortung dieser Pflicht im nationalen Recht Schwierigkeiten, da § 32 Abs. 3 BNatSchG für solche Gebiete formuliert ist, die erstmalig unter Schutz zu stellen sind[455] und es an einem gleichwertigen Schutz im Sinne des § 32 Abs. 4 BNatSchG gerade fehlt. Es bietet sich jedoch an, § 32 Abs. 3 BNatSchG losgelöst von derartigen Ansätzen zu interpretieren und entsprechende Pflichten auch für diese Gebiete anzunehmen.

4. Die Umsetzung dieser Anforderungen im Untersuchungsbereich

Eine Ausweisung als FFH-Gebiet ist im hier angesprochenen räumlichen Bereich bislang allein für das FFH-Gebiet „Nationalpark Niedersächsisches Wattenmeer" erfolgt. Zu untersuchen ist, ob und wie sich den gezeichneten Anforderungen angenommen wurde.

Dem Anspruch einer rechtsnormativen Festlegung des besonderen Schutzzwecks wurde sich zunächst mit § 2 Abs. 3 S. 1 NWattNPG a.F.[456] angenähert. Inhaltlich entsprachen die dort formulierten Zwecke zwar dem § 19a Abs. 2 Nr. 7 des BNatSchG aus dem Jahr 1998[457] zugrunde liegenden Verständnis, indem undifferenziert auf die Bewahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes aller für das Gebiet identifizierten Lebensraumtypen und Arten der Anhänge I und II der FFH-RL abgestellt wurde. Den oben gezeichneten Anforderungen an die Festlegung von Erhaltungszielen[458] genügten diese allgemeinen Merkmale mangels Ausdifferenzierung des beigemessenen Schicksals

[454] Siehe schon *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (67); *Freytag/Iven,* NuR 1995, 109 (111).
[455] *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 32 BNatSchG, Rn. 13.
[456] In der Fassung des Gesetzes über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer" v. 11.7.2001, Nds. GVBl., S. 443.
[457] BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.
[458] Siehe 2. Kapitel, A., IV., 3., b).

nicht. Erst 2010 hat sich der Gesetzgeber den materiellen Anforderungen an eine Ausweisung erneut angenommen. Daher ist festzuhalten, dass zur Zeit der Erteilung der Vorbescheide für die Windkraftprojekte im niedersächsischen Küstenmeer noch keine auch nur annähernd hinreichenden, rechtsnormativ festgelegten Erhaltungsziele bestanden.

Nach der Neufassung wird in § 2 Abs. 3 S. 2 NWattNPG n.F.[459] für die in S. 1 bezeichneten Flächen ein Bezug zur Anlage 5 hergestellt, der sich nicht nur die wertbestimmenden Lebensraumtypen und Arten, sondern auch die Erhaltungsziele entnehmen lassen.[460] Mit der schwierigen Aufgabe konfrontiert, in den Schutzzweck des Schutzgebiets weitreichende Soll-Vorgaben aufzunehmen, kann die niedersächsische Lösung einer Verortung in der Anlage, die kraft Verweisung selbst rechtsnormativen Charakter hat, überzeugen.

Inhaltlich ist augenfällig, dass der Gesetzgeber jetzt um eine detaillierte und auf die Wertigkeiten und Probleme des Gebiets zugeschnittene Formulierung der geforderten Erhaltungsziele bemüht war. Die Beschreibung ist unterteilt in allgemeine und besondere Erhaltungsziele und verhält sich über die Erfordernisse, denen das Gebiet aufgrund der betroffenen Arten und Typen im Detail unterliegt, und darüber, welche Voraussetzungen für das Erreichen der gesetzten Ziele bestehen. Mit der rudimentären und ausfüllungsbedürftigen Formulierung in § 2 Abs. 3 S. 1 NWattNPG a.F.[461] ist diese Festsetzung nicht mehr vergleichbar. Mit Blick auf den für die Unterschutzstellung grundsätzlich zur Verfügung stehenden Zeitraum[462] ist von einer fristgerechten Festsetzung auszugehen. Die Festlegungen können nunmehr vor allem bei der Genehmigung der in relativer Nähe zum Schutzgebiet gelegenen Windkraftvorhaben in der AWZ herangezogen werden.

Die übrigen Regelungen des NWattNPG wurden bereits im Jahr 2001 an die Erfordernisse des Schutzgebiets angepasst und insbesondere auf Modifikationen der Verbote im Einzelnen hin geprüft.[463]

Mit Blick auf die Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windparks, die sämtlich außerhalb der Flächen des Nationalparks geplant sind, ist festzustellen, dass die in §§ 6 ff. NWattNPG niedergelegten Verbote sich zu diesen nicht verhalten, sondern sich nur auf die Flächen des Nationalparks beziehen. Der

---

[459] Geändert durch Art. 3 Nr. 2 lit. c) des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

[460] Folglich sah sich auch der niedersächsische Gesetzgeber nicht als befähigt an, zwischen den Erhaltungszielen im Sinne der Begrifflichkeiten der FFH-RL und den Schutzzwecken im Sinne des bundesrechtlichen Sprachgebrauchs sinnvoll zu unterscheiden, ordnete er diese Erhaltungsziele doch in den Regelungsgehalt des § 2 NWattNPG ein, der sich bereits ausweislich seiner Überschrift über den Schutzzweck verhält; siehe zu diesen Begrifflichkeiten auch Nds. LT-Drs. 14/2720, S. 3.

[461] In der Fassung des Gesetzes über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer" v. 11.7.2001, Nds. GVBl., S. 443.

[462] Siehe 2. Kapitel, A., IV.

[463] Eingehend Nds. LT-Drs. 14/1900 und 14/2720 – jeweils passim.

Gesetzgeber hat diese Vorhaben folglich nicht als grundsätzlich unverträglich bewertet.[464]

Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, dass das BfN für die in der AWZ gelegenen Schutzgebiete vorläufige Erhaltungsziele entwickelt hat, die aufgrund ihrer Detailliertheit und der erkennbaren Schwerpunktsetzung nicht nur der Forderung nach gebietsspezifischen Konkretisierungen entsprechen sollten, sondern auch den noch rechtsnormativ festzusetzenden Erhaltungszielen zumindest nahekommen werden.[465]

B. Die Entstehung und Ausweisung von Vogelschutzgebieten

Entstehen die nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 FFH-RL ebenfalls zum Natura-2000-Netzwerk gehörenden Vogelschutzgebiete auf der Grundlage der Regelungen des Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL, muss sich der Existenz und Ausweisung dieser Gebiete eigenständig angenähert werden.

Die VRL enthält kein Art. 4 Abs. 1 bis 3 FFH-RL vergleichbares Verfahren, das die entsprechenden Gebiete, ähnlich Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung, zu Vogelschutzgebieten erhebt. Stattdessen treten sie mit der Erklärung zum Schutzgebiet in die juristische Wirklichkeit. Nicht durchsetzen konnten sich Vorstöße, auch bereits der Meldung der Gebiete an die Kommission die Befähigung zuzusprechen, Vogelschutzgebiete zur Entstehung zu bringen.[466] Vielmehr ist aufgrund der Formulierung und der Verortung davon auszugehen, dass die Pflicht aus Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 und Abs. 2 VRL, einschlägige Gebiete zu Schutzgebieten zu erklären, und die Meldung der Gebiete als Teil der Verpflichtung zur Übermittlung sachdienlicher Informationen an die Kommission gem. Art. 4 Abs. 3 VRL, trotz sachlicher Verknüpfung, als selbstständige, nebeneinander stehende Pflichten zu begreifen sind.[467] Da mit der Meldepflicht insoweit eine von den Schutzgewährleistungen losgelöste Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland verbunden ist, wird dieser Aspekt im Folgenden nicht näher erörtert.

Obwohl Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 VRL allein von einer Erklärung zum Schutzgebiet spricht, ist nicht zuletzt durch die einschlägige Judikatur des EuGH gefestigt geklärt worden, dass Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 und Abs. 2 VRL an den Mitgliedstaat auch den Anspruch stellt, das Gebiet mit einem geeigneten

[464] Siehe schon oben 2. Kapitel, A., IV., 3., e).

[465] Abrufbar unter http://www.bfn.de/0314_nordsee_meeresschutzgebiete.html (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

[466] So z.B. *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (69).

[467] EuGH, Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-304/05, Slg. I-7495, Rn. 104; *Jarass,* NuR 1999, 481 (483), *Kautz,* NVwZ 2007, 666 (666); *Gellermann,* Natura 2000, S. 45.

Schutzstatus zu versehen.[468] Ob es sich hierbei gegenüber der Erklärung zum Schutzgebiet um eine Voraussetzung handelt, die für das Vorliegen eines Vogelschutzgebiets konstitutiv ist, oder um eine weitere hiervon zu unterscheidende Pflicht, wird in der Literatur nicht tiefer untersucht. Dieses kann auch hier dahinstehen. Denn während die strenge Unterscheidung zwischen der Meldung und der Erklärung zu Schutzgebieten ihre Relevanz der Tatsache verdankt, dass zu klären ist, ob durch die nachdrücklich eingeforderten Meldungen an die Kommission bei unterlassenen Erklärungen zu Schutzgebieten weitere Schutzgebiete zur Entstehung gebracht wurden, liegt die Bedeutung der Unterschutzstellung weniger in der Frage, ob ein Schutzgebiet besteht, sondern welche Gewährleistungen im Fall unterlassener oder defizitärer Unterschutzstellungen bestehen.

Im Ergebnis ist daher die Frage klärungsbedürftig, ob und welche Anforderungen an die Einrichtung der Schutzgebiete gestellt werden. Im Anschluss hieran ist zu klären, ob und wie diesen Ansprüchen im Untersuchungsgebiet nachgekommen wurde.

I. Die Erklärung zum Vogelschutzgebiet

Wie Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL bereits in seinem Wortlaut verdeutlicht, haben die Mitgliedstaaten allein die für die Erhaltung der Arten des Anhangs I „zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete zu Schutzgebieten" zu erklären. Dieses ist mit einem Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten verbunden[469], der jedoch vergleichsweise klein ausgestaltet ist. Insbesondere hat der Mitgliedstaat seine Entscheidung zuvörderst an ornithologischen Gesichtspunkten auszurichten, wobei Art. 4 Abs. 1 S. 2 und 3 VRL als Auswahlkriterien heranzuziehen sind[470]; nur Gründe des Gemeinwohls, die Vorrang vor den mit der Richtlinie verfolgten Umweltbelangen haben, dürfen Berücksichtigung finden, zu denen insbesondere wirtschaftliche Erfordernisse nicht zählen.[471] Damit scheidet auch in Bezug auf die Auswahl von Vogelschutzgebieten eine Berufung auf mit den Offshore-Windparks verfolgte wirtschaftliche Interessen aus. Im Übrigen lässt sich Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL umgekehrt auch als Mindestverpflichtung verstehen, nach der der Mitgliedstaat gerade gehalten ist, Gebiete in ausreichender Zahl und Qualität zu Schutzgebieten zu erklären.[472]

---

[468] EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-355/90, Slg. I-4221, Rn. 30 – Santoña; EuGH, Urt. v. 18.3.1999, Rs. C-166/97 Slg. I-1719, Rn. 21 – Seine-Mündung; EuGH, Urt. v. 25.11.1999, Rs. C-96/98, Slg. I-8531, Rn. 25 – Poitou; ausführlich auch *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (131).

[469] EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-883, Rn. 20 – Leybucht.

[470] *Schladebach,* LKV 1999, 309 (311).

[471] EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-44/95, Slg. I-3805, Rn. 28 ff. Näher, auch zu weiteren Anhaltspunkten in der Rechtsprechung des EuGH, *Epiney,* UPR 1997, 303 (306) sowie *Gellermann,* NVwZ 2001, 500 (502).

[472] EuGH, Urt. v. 19.5.1998, Rs. C-3/96, Slg. I-3031, Rn. 31.

Trotz der schwerfälligen Formulierung in Art. 4 Abs. 2 VRL lässt sich die dort getroffene Anordnung entsprechender „Maßnahmen für die nicht in Anhang I aufgeführten, regelmäßig auftretenden Zugvogelarten" dahingehend verstehen, dass ebenfalls Erklärungen zu Schutzgebieten zu erfolgen haben.[473]

Darüber hinaus ist nach der Rechtsprechung des EuGH zu beachten, dass bestimmte Gebiete von ornithologisch derart herausragender Bedeutung sind, dass hinsichtlich ihrer Zugehörigkeit zum Kreis der geeignetsten Gebiete kein Spielraum besteht.[474] Die Erklärung zum Schutzgebiet ist in diesem Fall zwingend. Ist sie unterblieben, wird dieses Gebiet als „faktisches Vogelschutzgebiet" bezeichnet.[475]

Selbst wenn man sich aufgrund zwischenzeitlich erzielter Fortschritte bei der Gebietsauswahl bereits jetzt oder in Zukunft auf den Standpunkt stellen darf, dass nunmehr alle Gebiete erfasst wurden, ist auch hinsichtlich der Vogelschutzgebiete für die Zukunft keineswegs dauerhaft ausgeschlossen, dass erneute Auswahlpflichten eintreten können[476], wie insbesondere die in Art. 15 der VRL angelegte Anpassung des Anhangs I der VRL durch ein besonderes Verfahren nahelegt.[477] Es ist daher trotz der Verfahrensunterschiede bei der Auswahl und Entstehung der Vogelschutzgebiete im Vergleich zu den Modalitäten des Art. 4 Abs. 1 bis 3 FFH-RL aufgrund des auch durch die VRL übergeordnet verfolgten effektiven Schutzes des europäischen Naturerbes sowie überdies mit entsprechenden Argumenten, wie bereits hinsichtlich der FFH-RL dargelegt, davon auszugehen, dass jedenfalls bei einer Änderung der sekundärrechtlichen Grundlagen, die auch durch eine originäre Änderung der Richtlinie erfolgen kann, erneute Melde- und Ausweisungspflichten des Art. 4 VRL aktiviert werden können.

II. Anforderungen an die Erklärung von Vogelschutzgebieten

Welche Anforderungen an die von Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 und Abs. 2 VRL geforderte Erklärung zu Schutzgebieten zu stellen sind und welcher inhaltliche Schutz zu gewähren ist, hat in der VRL keine nähere Umschreibung erfahren. Deutet sich durch einen vergleichenden Blick auf die hinsichtlich der Unterschutzstellung von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung skizzierten Anforderungen bereits an, dass die Mitgliedstaaten keineswegs weitgehende Freiräume für sich in Anspruch nehmen können, sind auch für Vogelschutzgebiete die unionsrechtlichen Anforderungen abzustecken.

---

[473] Näher, auch zu den in der Vorschrift genannten besonderen Kriterien, *Gellermann,* in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband), § 78, Rn. 19.

[474] Grundlegend: EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-355/90, Slg. I-4221, Rn. 26 f. – Santoña.

[475] BVerwG, NVwZ 1999, 528 (530); *Hösch,* NuR 2004, 348 (348); *Klooth/Louis,* NuR 2005, 438 (440).

[476] Anpassungen hinsichtlich Vogelschutzgebieten tendenziell aufgeschlossen auch *Frenz,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 31 Rn. 44.

[477] Zum Verfahren siehe auch Art. 17 VRL.

1. Rechtsnormative Erklärung zum Schutzgebiet

Als Widerhall der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH ist heute allgemein anerkannt, dass die Erklärung zum Schutzgebiet rechtsnormativ zu erfolgen hat. Wenngleich bereits frühe Entscheidungen in diese Richtung deuteten[478], ließen spätere Einlassungen des EuGH anderen Standpunkten keinen Raum mehr.[479]

Dieser Rechtsprechung ist ähnlich des Gedankengangs zur Ausweisung von FFH-Gebieten mit Blick auf das Effektivitätsgebot uneingeschränkt zuzustimmen, so dass verwaltungsinterne Vorschriften und Verwaltungsverträge als Akt der Erklärung zum Schutzgebiet ersichtlich ausscheiden.[480] Stattdessen erfordert auch die Ausweisung von Vogelschutzgebieten einen rechtsnormativen Akt unter Einschluss hinreichend erkennbarer Gebietsabgrenzungen.

2. Materielle Anforderungen an die Schutzerklärung

Dass es hiermit nicht sein Bewenden hat, deutete der EuGH bereits frühzeitig an, indem er einen geeigneten Schutz des Gebiets anmahnte.[481]

Obwohl auch hinsichtlich der Vogelschutzgebiete die konkreten Anforderungen letztlich von den naturfachlichen Gegebenheiten des Gebiets bestimmt sind, lassen sich insoweit ebenfalls abstrakte Anforderungen herausarbeiten.

Insbesondere die Bezugnahme des EuGH auf Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL lässt bereits maßgebliche Bezugspunkte erkennen. Während Art. 4 Abs. 1 S. 1 VRL an den Lebensraum der Vogelarten anknüpft, ergänzt Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL, dass die Gewährleistungen auch an den Erfordernissen des Schutzes der Arten auszurichten sind. Darüber hinaus ist auch die Kohärenz des Schutzgebietsnetzes zu wahren. Deutet sich eine entsprechende Maßgabe bereits in Art. 4 Abs. 3 VRL an, so muss diese jedenfalls mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 FFH-RL Beachtung finden.[482]

Auch wenn dieses in den rudimentären, kasuistisch geprägten Aussagen des EuGH nicht derart zugespitzt formuliert wurde, geht es daher nicht um die Formulierung bzw. Wiederholung grundsätzlicher Zielvorstellungen wie der Sicherstellung des Überlebens und der Vermehrung[483], sondern darum, diese wirksam zu gewährleisten. Das bedeutet letztlich, dass auch die Erklärungen zu

---

[478] EuGH, Urt. v. 18.3.1999, Rs. C-166/97, Slg. I-1719, Rn. 21 – Seine-Mündung; grundlegend aber noch weiter gehend verklausuliert EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-355/90, Slg. I-4221, Rn. 28 ff. – Santoña; siehe auch EuGH, Urt. v. 25.11.1999, Rs. C-96/98, Slg. I-8531, Rn. 26 f – Poitou.

[479] EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-374/98, Slg. I-10799, Rn. 53 – Basses-Corbières; EuGH, Urt. v. 27.2.2003, Rs. C-415/01, Slg. I-2081, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 6.3.2003, Rs. C-240/00, Slg. I-2187, Rn. 21.

[480] *Gellermann,* Natura 2000, S. 62; ebenso auch *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (131).

[481] EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-355/90, Slg. I-4221, Rn. 30 – Santoña; EuGH, Urt. v. 18.3.1999, Rs. C-166/97 Slg. I-1719, Rn. 21 – Seine-Mündung; EuGH, Urt. v. 25.11.1999, Rs. C-96/98, Slg. I-8531, Rn. 25 – Poitou; ausführlich auch *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (131).

[482] *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 33, Rn. 10.

[483] Vgl. Art. 4 Abs. 1 S. 1 VRL.

Vogelschutzgebieten nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL sowie Art. 4 Abs. 2 VRL gebietsspezifische Konkretisierungen erfordern.[484]

Vereinfachend kann hierbei aus heutiger Perspektive davon ausgegangen werden, dass die Schutzerklärung mit einem vergleichbaren materiellen Gehalt aufzuladen ist, wie er zu den nach Art. 4 Abs. 4 FFH-RL zu schützenden Gebieten vorstehend[485] skizziert wurde.[486] Dieses ist dem in Art. 7 der FFH-RL vorgesehenen Wechsel des Schutzregimes geschuldet, durch den an die Stelle der Vorgaben in Art. 4 Abs. 4 VRL die Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL treten. Denn diese angestrebte Funktionsübernahme setzt voraus, dass in die Schutzerklärung hinreichend konkretisierte Erhaltungsziele aufgenommen wurden. Anderenfalls würde es an dem notwendigen Substrat für die in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL vorgesehene Verträglichkeitsprüfung fehlen.[487] Die zu formulierenden Soll-Vorgaben sind hierbei an den vorstehend beschriebenen Maßgaben der VRL auszurichten.[488] Gleichermaßen ist die Aufnahme von Ge- und Verboten für die Gewährleistung des bezweckten Schutzes im Regelfall geboten.[489]

3. Konzeptionen im nationalen Recht

Obwohl die VRL bereits vor Jahrzehnten verabschiedet worden war, fanden erst im Zusammenhang mit dem Novellierungsverfahren im Jahr 2002 gesetzliche Grundlagen zur Auswahl und Unterschutzstellung von Vogelschutzgebieten in das BNatSchG Eingang.[490]

Die einschlägigen textlichen Erweiterungen in § 33 Abs. 1 und 2 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[491] führten, abgesehen von einer Ausrichtung der Auswahl an den Kriterien des Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL, zu einem Gleichauf mit den einschlägigen Regelungen für FFH-Gebiete. Diese Regelungen wurden nun in § 32 BNatSchG n.F. überführt.

§ 32 Abs. 2 bis 4 BNatSchG ist auf nach VRL zu schützende Gebiete ebenso wie auf Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung anzuwenden, so dass auf die diesseitigen Ausführungen verwiesen wird.[492] Für den Bereich der AWZ ist zu beachten, dass § 57 Abs. 2 BNatSchG die Zuständigkeit des BMU für die Erklärung zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG begründet.[493]

---

[484] *Gassner,* in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 33, Rn. 10.
[485] Siehe 2. Kapitel, A., IV., 3.
[486] Vgl. *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Vor § 31 BNatSchG, Rn. 6.
[487] *Baum,* NuR 2005, 87 (90).
[488] *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (127).
[489] *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (131).
[490] Siehe hierzu auch BT-Drs. 14/7490, S. 27.
[491] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.
[492] Siehe insbesondere 2. Kapitel, A., IV. 1., b) und 3., e).
[493] Vgl. zur Auswahl und Unterschutzstellung auch die insoweit vergleichbare Vorläuferregelung in § 38 Abs. 2 und 3 des BNatSchG in der seit 2002 zwischenzeitlich maßgeblichen Fassung (BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193).

Eine grundsätzlich ähnliche Konzeption war im zwischenzeitlich maßgeblichen NNatG[494] niedergelegt, auf dessen Grundlage Schutzgebiete ausgewiesen wurden, die bei der Erteilung der Vorbescheide für die Windparks im niedersächsischen Küstenmeer relevant waren.

2003 erfolgte die Einfügung von § 34a Abs. 2 und § 34b NNatG[495], die die rahmenrechtlichen Vorgaben umsetzen sollten. § 34b Abs. 1 S. 1 NNatG sah vor, dass die Landesregierung die anhand der Kriterien des Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL ermittelten Gebiete zu Vogelschutzgebieten erklärt. § 34b Abs. 1 S. 1 NNatG beinhaltete daher einen Vollzugsauftrag an die Landesregierung.[496] Diesem schloss sich dann gem. § 34b Abs. 2 Nr. 2 NNatG eine gesonderte Erklärung zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft an.[497] Niedersachsen hatte daher grundsätzlich ein zweistufiges Verfahren der Unterschutzstellung etabliert, dessen erste Stufe die Erklärung zum Schutzgebiet nach § 34b Abs. 1 NNatG darstellte, der die zweite Stufe der Unterschutzstellung nach § 34b Abs. 2 und 3 NNatG nachgelagert war.[498]

Mit Blick auf den bestehenden Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ ist zu beachten, dass die Ausweisung gem. der Eingangsformel des § 34b Abs. 2 NNatG unterbleiben durfte. Zieht man die Definition der Vogelschutzgebiete in § 34a Abs. 2 NNatG hinzu, die die früher in § 10 Abs. 1 Nr. 6 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[499] enthaltene Begriffsbestimmung dahingehend erweiterte, dass als Vogelschutzgebiete auch solche Gebiete zu verstehen waren, die durch Gesetz oder durch frühere Erklärungen der Landesregierung bereits zu Vogelschutzgebieten erklärt wurden, zeigte sich eine gewisse Flexibilität des zweistufigen Systems, da § 34b Abs. 1 und Abs. 2 NNatG jeweils nur zukünftige Erklärungen oder Unterschutzstellungen der Vogelschutzgebiete betrafen.[500]

Durch § 34b Abs. 3 und 4 NNatG wurde der Gehalt der Regelungen des § 33 Abs. 3 und 4 des BNatSchG in der seit 2002 maßgeblichen Fassung[501] ins niedersächsische Landesrecht übernommen.

---

494 Niedersächsisches Naturschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 11.4.1994, Nds. GVBl., S. 155, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

495 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung naturschutzrechtlicher Vorschriften v. 27.1.2003, Nds. GVBl., S. 39.

496 Nds. LT-Drs. 14/3657, S. 20.

497 Zu diesem Verständnis siehe *Klooth/Louis,* NuR 2005, 438 (441) sowie Nds. LT-Drs. 14/3657, S. 20.

498 *Klooth/Louis,* NuR 2005, 438 (441).

499 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193

500 Nds. LT-Drs. 14/3657, S. 20; siehe hierzu auch *Klooth/Louis,* NuR 2005, 438 (441).

501 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

4. Bewertung der Konzeptionen des nationalen Rechts

Die Ausweitung der einschlägigen Regelungen auf Vogelschutzgebiete und die hierbei festzustellenden speziellen Akzentuierungen sind einem unionsrechtskonformen Verständnis zugänglich.

Die in Niedersachsen[502] verfolgte flexible und gegebenenfalls zweistufige Konzeption ist aus unionsrechtlicher Perspektive als zulässig zu kennzeichnen. Denn Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL fordert allein die Erklärung zu einem Schutzgebiet. Ob diese formal gesondert erfolgt oder mit der Verleihung des erforderlichen Schutzstatus durch die Erklärung zu einem geschützten Teil von Natur und Landschaft verbunden wird, schreibt die VRL nicht vor.

Entsprechend ist aus unionsrechtlicher Sicht stattdessen jede der für den Untersuchungsbereich einschlägigen rechtlichen Regelungen seit 2002 positiv zu würdigen, da durch die Konzeption der Gleichbehandlung mit den FFH-Gebieten, wie bereits diesbezüglich gezeigt,[503] den vergleichbaren Anforderungen nachgekommen werden kann.

Mit Blick auf die zweistufige Konzeption in Niedersachsen, aber auch hinsichtlich der nunmehr in § 32 Abs. 2 BNatSchG angesprochenen, nach Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL "benannten Gebiete", ist jedoch die gebotene Eile dieser Unterschutzstellung zu betonen:[504]

Die Grenze zu einer Erfüllung der unionsrechtlich bedingten Ausweisungspflicht wird erst durch eine rechtsnormative Schutzgebietsausweisung überschritten, die dem Gebiet einen hinreichenden Schutzstatus verleiht. Zurückkommend darauf, dass eine Schutzgebietsausweisung jedenfalls innerhalb vernünftiger Fristen erfolgen muss, ist festzuhalten, dass, wie auch immer man diesen Zeitraum bestimmen wollte, fraglos ist, dass über 30 Jahre nach Verabschiedung der VRL diese Frist längst abgelaufen ist.[505] Das heißt, dass die heute in § 32 Abs. 2 BNatSchG geregelte Pflicht dahingehend zu präzisieren ist, dass unverzüglich durch einen rechtsnormativen Akt eine hinreichende Schutzgebietserklärung herbeizuführen gewesen ist.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die gesetzgeberische Intention, durch die Einbeziehung der Vogelschutzgebiete in den seinerzeitigen § 33 Abs. 2 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[506] zuvörderst auch die Anwendbarkeit der

---

[502] Zur früheren verfassungsrechtlichen Lage siehe auch *Klooth/Louis,* NuR 2005, 438 (441).

[503] Siehe insbesondere 2. Kapitel, A., IV., 1., b) und 3., e).

[504] Großzügiger *Klooth/Louis,* NuR 2005, 438 (442).

[505] Europäische Kommission, Aufforderungsschreiben im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5117, v. 21.12.2001, S. 3. Der Vorschlag einer entsprechenden Anwendung der Fristen der FFH-RL aufgrund des Zusammenhangs mit der Errichtung des Natura-2000-Netzwerks (so *Schladebach,* LKV 1999, 309 [311]) erscheint in Anbetracht des bereits zuvor verstrichenen erheblichen Zeitraums entbehrlich. Im Hinblick auf die fehlende Überführung in Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 FFH-RL bedürfte es ohnehin einer eingehenderen Untersuchung der Pflichtenkreise und bestehender Fristen.

[506] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193; siehe jetzt § 32 Abs. 2 BNatSchG.

Ausnahmeregelung in Abs. 4 zu erreichen[507], verfehlt war. Wäre mit gleichen Erwägungen wie hinsichtlich der FFH-Gebiete auch insoweit eine äußerst restriktive Handhabung ohnehin geboten, ist bereits zu beachten, dass die aus Art. 1 lit. l) FFH-RL entlehnte Definition auf Vogelschutzgebiete nicht anwendbar ist und daher die Annahme eines entsprechenden Anwendungsbereichs dieser Vorschrift für Vogelschutzgebiete gesonderten Begründungsanforderungen unterworfen wäre.[508] Somit verblieb es auch mit Blick auf das bereits als Nationalpark geschützte Gebiet im niedersächsischen Küstenmeer bei der Pflicht, den Vorgaben an eine Schutzgebietserklärung und den materiellen Anforderungen, soweit noch nicht geschehen, durch eine eigene gesetzliche Anpassung nachzukommen.

III. Im Untersuchungsbereich zu Vogelschutzgebieten erklärte Flächen und diskutierte Unzulänglichkeiten

Ist im Ergebnis daher auch hinsichtlich der Vogelschutzgebiete die Mitwirkung des Mitgliedstaates essentiell, ist erörterungsbedürftig, welche Flächen des niedersächsischen Küstenmeeres und der AWZ in der Nordsee zu Vogelschutzgebieten erklärt wurden, ob sie mit einem hinreichenden Schutzstatus versehen wurden und welche Unzulänglichkeiten diskutiert werden.

1. Vogelschutzgebiete im niedersächsischen Küstenmeer

Bei den im niedersächsischen Küstenmeer zu identifizierenden Vogelschutzgebieten handelt es sich um das Ergebnis einer historisch gewachsenen Auswahl- und Unterschutzstellungspraxis.

Besonders präsent ist der Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer", dessen Flächen ausweislich § 2 Abs. 2 S. 1 NWattNPG zu großen Teilen ein Vogelschutzgebiet beherbergen. Die heutige Bezeichnung des Vogelschutzgebiets im niedersächsischen Küstenmeer als „Niedersächsisches Wattenmeer und angrenzendes Küstenmeer"[509] lässt aber bereits erahnen, dass letztlich auch das Vogelschutzgebiet und der Nationalpark nicht deckungsgleich sind.

Davon, dass es sich um das Ergebnis einer keineswegs als problemlos zu bezeichnenden Entwicklung handelt, zeugt sodann, dass erst durch die Aufnahme von § 2 Abs. 2 S. 2 NWattNPG a.F.[510] eine entsprechende Norm Eingang in das NWattNPG fand.[511] Die Vorschrift erklärte alle Flächen des Nationalparks mit Ausnahme dort aufgeführter Teile zu Vogelschutzgebieten.

---

507 BT-Drs. 14/7490, S. 27.

508 Ähnlich *Thum,* NuR 2006, 687 (687 f.).

509 Siehe Nr. 1.2. lit. b) der Bekanntmachung v. 28.7.2009, Nds. MBl. 2009, S. 961.

510 In der Fassung des Gesetzes über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer" v. 11.7.2001, Nds. GVBl., S. 443.

511 Siehe hierzu Nds. LT-Drs. 14/1900, S. 36 f.

Der Fassungsvergleich mit § 2 Abs. 2 S. 1 NWattNPG n.F. zeigt, dass heute eine vormals ausgenommene Fläche dem Vogelschutzgebiet zugeordnet wurde. Es handelt sich hierbei um die Nachvollziehung einer bereits am 30. Juli 2007 beschlossenen Erweiterung.[512]

Zugleich erfolgte die seeseitige Ergänzung um weitere Flächen:[513] eine Integration von zwei im Jahr 2007 zusätzlich zu Vogelschutzgebieten erklärten Gebieten, die national auch unter der Bezeichnung „Küstenmeer vor den ostfriesischen Inseln“ und „Roter Sand“ firmierten.[514]

Gegenüber der Kommission wurden diese Teilfragmente unter der Bezeichnung „Niedersächsisches Wattenmeer und angrenzendes Küstenmeer“ als einheitliches Gesamtgebiet geführt[515] und dieses auch in nationalen Rechtsakten nachvollzogen.[516]

Am 2. März 2010 hat die Landesregierung beschlossen, dieses Gebiet erneut um das Vogelschutzgebiet „Borkum Riff“ zu erweitern.

Aufgrund dieser unterschiedlichen Stadien sind die entsprechenden Flächen getrennt zu untersuchen.

a) Die Ausweisung des Nationalparks „Niedersächsisches Wattenmeer“ als Vogelschutzgebiet

Für die in § 2 Abs. 2 NWattNPG als Vogelschutzgebiet geschützten Flächen besteht seit 2001 bzw. für die erweiterten Flächen seit 2010 eine gesetzliche Ausweisung, welche auch eine hinreichende Gebietsabgrenzung durch entsprechende textliche Angaben und das beigegebene Kartenwerk einschließt.

Relevante Unterschiede weist allerdings der durch die verschiedenen Gesetzesfassungen vermittelte Schutz auf.

In § 2 Abs. 2 S. 1 NWattNPG a.F.[517] wurde allein niedergelegt, dass die Flächen des Vogelschutzgebiets auch dem Ziel dienen, „das Überleben und die Vermehrung der dort vorkommenden, in Anhang I und Artikel 4 Abs. 2 der Richtlinie genannten Vogelarten sicherzustellen“. Jenseits dieser Übernahme der abstrakten Zielformulierung der VRL wurden keine gebietsspezifischen Konkretisierungen vorgenommen. Diese fanden sich jedoch in der Anlage der

512 Nds. LT-Drs. 16/1902, S. 62.

513 Durch Art. 3 Nr. 2 lit. b) des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

514 Vgl. Nds. LT-Drs. 16/1902, S. 65 f.

515 Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 18.4.2008.

516 Vgl. jeweils § 1 Abs. 4 der Verordnung über das Naturschutzgebiet "Roter Sand" in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee (Nds. MBl. 2007, S. 1243) und der Verordnung über das Naturschutzgebiet „Küstenmeer vor den Ostfriesischen Inseln“ in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee (Nds. MBl. 2007, S. 1241).

517 In der Fassung des Gesetzes über den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ v. 11.7.2001, Nds. GVBl., S. 443.

Begründung des Gesetzentwurfs.[518] Diese Interpretationshilfe verfehlte eindeutig den Anspruch einer rechtsnormativen Festsetzung.

Positiv zu würdigen ist dagegen die frühzeitige inhaltliche Qualität der in dieser Anlage formulierten Ziele. Sie beinhalteten neben beschreibenden Elementen auch auf den Bedarf der Arten abgestimmte Schwerpunktsetzungen. Damit waren zwar zur Zeit der Erteilung der Vorbescheide für die Windkraftvorhaben im niedersächsischen Küstenmeer die Erhaltungsziele nicht normativ festgelegt, aber immerhin erkennbar und von vergleichsweise fortgeschrittener Qualität.

Mit der Neufassung im Jahr 2010 wurden die Erhaltungsziele gem. § 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Anlage 5 NWattNPG in eine rechtsnormative Form überführt und damit dieser Kritikpunkt behoben.

Hinsichtlich der mitgegebenen Verbote des NWattNPG gelten die bereits in Bezug auf die Unterschutzstellung des FFH-Gebiets gemachten Ausführungen entsprechend.[519]

b) Ausweisung der Gebiete „Roter Sand“ und „Küstenmeer vor den ostfriesischen Inseln“

Den Erweiterungsflächen „Küstenmeer vor den ostfriesischen Inseln“ und „Roter Sand“ aus dem Jahr 2007 wurde der erforderliche Schutzstatus durch die am 31. Oktober 2007 erlassenen Verordnungen „über das Naturschutzgebiet ‚Roter Sand‘ in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee“[520] und „über das Naturschutzgebiet ‚Küstenmeer vor den Ostfriesischen Inseln‘ in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee“[521] verliehen, die in § 1 Abs. 2 und 3 des jeweiligen Verordnungstextes sowie dem mitgegebenen Kartenmaterial auch hinreichend abgegrenzt wurden.[522] Die Unterschutzstellung ist daher nicht nur für nachfolgende Vorhaben in der AWZ von Bedeutung, sondern erfolgte auch bereits vor Erteilung der Vorbescheide für die beiden im niedersächsischen Küstenmeer geplanten Windparks. Mit der Integration der Flächen 2010 in das Vogelschutzgebiet nach § 2 Abs. 2 S. 1 NWattNPG traten die Verordnungen außer Kraft.[523]

In § 2 der jeweiligen Schutzgebietsverordnung wurde in Abs. 1 zunächst der Schutzgegenstand dargestellt, in Abs. 3 wurden gebietsspezifische Zielvorgaben[524] entsprechend dem Schutzbedarf der Vogelarten ausformuliert.

---

[518] Nds. LT-Drs. 14/1900, S. 56.

[519] Siehe 2. Kapitel, A., IV., 4.

[520] Nds. MBl. 2007, S. 1243.

[521] Nds. MBl. 2007, S. 1241.

[522] Durch dieses rechtsnormative Vorgehen wird die von *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (133) geäußerte Kritik an der niedersächsischen Rechtslage insoweit gegenstandslos.

[523] Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 und 3 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010 (Nds. GVBl., S. 104).

[524] Wiederum augenfällig ist die Schwierigkeit der begrifflichen Einordnung als Erhaltungsziele bzw. Schutzzweck, die sogar ausweislich des Wortlautes alternativ gehalten wird.

Das in § 3 Abs. 1 der jeweiligen Schutzverordnung enthaltene Verbot bezog sich nur auf Aktivitäten im Schutzgebiet. Folglich sind, vergleichbar der Rechtslage im Bereich des NWattNPG, die außerhalb des Schutzgebiets geplanten Windparks nicht vorab als unverträglich eingestuft worden.

c) Das Schutzgebiet „Borkum Riff"

Obwohl die besondere Bedeutung des Gebiets „Borkum Riff" insbesondere für den Seetaucher, die Zwergmöwe und die Brandseeschwalbe ebenso wie für die Gebiete „Roter Sand" und „Küstenmeer vor den ostfriesischen Inseln" bereits 2004 von offizieller Seite anerkannt wurde[525], erfolgte aufgrund von Gebietsstreitigkeiten mit den Niederlanden erst am 2. März 2010 die entsprechende Erweiterung des Vogelschutzgebiets "Niedersächsisches Wattenmeer und angrenzendes Küstenmeer" durch Beschluss der Landesregierung.[526] Durch eine Verordnung vom 26. August 2010[527] wurde das Gebiet schließlich als Naturschutzgebiet auch rechtsnormativ unter Schutz gestellt, wobei die Festsetzungen denen der zwischenzeitlich außer Kraft getretenen Verordnungen „über das Naturschutzgebiet ‚Roter Sand' in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee" und „über das Naturschutzgebiet ‚Küstenmeer vor den Ostfriesischen Inseln' in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee" entsprechen, so dass auf die diesseitigen Ausführungen verwiesen wird.[528]

d) Die ökologische Wertigkeit der Flächen „Nordergründe" und „Riffgat"

Ob weitere „geeignetste Gebiete" im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL im niedersächsischen Küstenmeer existieren, wurde zunächst uneinheitlich beurteilt.

Zwar wurde 2009 auch das seit langem anhängige Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5117 wegen unzureichender Meldung von Vogelschutzgebieten eingestellt[529], so dass die Annahme einer Vollständigkeit des Gebietsnetzes naheliegt und auf obenstehende Aussagen zur Tragweite dieser Entscheidung und der Gefahr neuer Vertragsverletzungsverfahren[530] verwiesen werden kann.

Hinzuweisen ist jedoch auf die anfangs strittige ökologische Wertigkeit gerade der Flächen, auf denen die Errichtung des Windparks „Nordergründe" vorgesehen ist bzw. auf der das Projekt „Riffgat" verwirklicht wurde.

---

525 Pressemitteilung des *Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt und Klimaschutz* v. 8.11.2004, Nr. 120/2004; zur öffentlichen Auslegung der drei Verordnungsentwürfe siehe Nds. MBl. 2007, S. 161.

526 Pressemitteilung des *Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt und Klimaschutz* v. 2.3.2010, Nr. 19/2010. Siehe auch die Anlage 2 der Verordnung zur Änderung der Verordnung über das Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen v. 24.9.2012, Nds. GVBl., S. 350.

527 Nds. MBl. 2010, S. 897.

528 Siehe 2. Kapitel, B., III., 1., b).

529 Siehe hierzu die Pressemitteilung der *Europäischen Kommission* v. 29.10.2009 (IP/09/1651).

530 2. Kapitel, A., III., 4.

Kristallisationspunkt war insbesondere ein Gutachten des „Forschungs- und Technologiezentrums Westküste“, welches im Auftrag des damaligen „Niedersächsischen Landesamtes für Ökologie“ erstellt wurde.[531] Dieses Gutachten sollte nach teilweise vorgenommener Interpretation nicht nur die Auswahl gerade auch dieser Gebiete nahegelegt, sondern aufgrund der besonderen ökologischen Qualität eine Verdichtung des Beurteilungsspielraums aufgezeigt haben, die zu einer Pflicht zur Auswahl der Gebiete geführt haben sollte.[532] Mit anderen Worten gingen diese Stimmen also vom Vorliegen eines faktischen Vogelschutzgebiets aus.[533]

Festzustellen ist jedoch, dass die Kommission trotz ihrer umfangreichen Ermittlungen und der zwischenzeitlich aufgebauten eigenen naturwissenschaftlichen Kompetenz nicht hat erkennen lassen, dass sie derartige Einschätzungen teilt. Sie hat vielmehr die deutschen Gebietsmeldungen im Meeresbereich als hinreichend eingestuft[534] und das Vertragsverletzungsverfahren eingestellt. Eine Belastbarkeit der skizzierten Annahme einer herausragenden naturfachlichen Wertigkeit der Gebiete „Nordergründe“ und „Riffgat“ ist daher nicht erkennbar.

Dessen ungeachtet ist ohnehin stattdessen zu betonen, dass die Unterschutzstellung allein der drei weiteren Flächen im niedersächsischen Küstenmeer, nach Einholung weiterer Gutachten, im wissenschaftlichen Konsens stattfand.[535] Dieses entzieht der zunächst geäußerten Kritik letztlich jede Grundlage.

2. Das Vogelschutzgebiet „Östliche Deutsche Bucht“

In der AWZ in der Nordsee wurde allein das Gebiet „Östliche Deutsche Bucht“ als zu den geeignetsten im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL gehörig ausgewählt und durch die „Verordnung über die Festsetzung des Naturschutzgebiets ‚Östliche Deutsche Bucht‘“[536] im Jahr 2005 rechtsnormativ als erstes Naturschutzgebiet des Bundes unter Schutz gestellt.[537]

Die inhaltliche Ausgestaltung ähnelt der der Naturschutzgebiete im Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres. Insbesondere wurden vergleichbar neben der rechtsnormativen Erklärung zum Vogelschutzgebiet unter Einschluss einer hinreichenden Gebietsabgrenzung in den §§ 1 f. der Verordnung auch als

---

531 *Garthe/Schwemmer/Ludynia,* Abschlussbericht zum F+E-Vorhaben.

532 So nachdrücklich der unter der Bezeichnung *„Wattenrat“* formierte Zusammenschluss von Naturschützern, Was nicht passt wird passend gemacht, Pressemitteilung (November 2004); ebenso *WWF,* Pressemitteilung v. 30.7.2004.

533 Vgl. 2. Kapitel, B., I.

534 Siehe *Krause/Wollny-Goerke/Boller u.a.,* NuL 2011, 397 (397).

535 Pressemitteilung des *Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt und Klimaschutz* v. 8.11.2004, Nr. 120/2004.

536 V. 15.9.2005, BGBl. I, S. 2782, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 111 des Gesetzes v. 22.12.2011 (BGBl. I, S. 3044).

537 Zum Hintergrund siehe *BMU,* Pressemitteilung v. 15.9.2005, Nr. 256/05.

Schutzzweck bezeichnete gebietsspezifische Erhaltungsziele niedergelegt, so dass auf die vorstehenden Ausführungen entsprechend verwiesen wird.[538]

Mit Blick auf das Projekt „Butendiek", das in diesem Gebiet verwirklicht werden soll, ist jedoch zu betonen, dass die Verbote des § 4 der Verordnung aufgrund des Vorbehaltes in Abs. 1 nicht die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung angesprochenen Vorhaben zur Windenergieerzeugung erfassen. Es bleibt daher, wie auch für außerhalb des Schutzgebiets gelegene Projekte der Windkraftnutzung, dabei, dass eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.[539] Dieses hält § 5 Abs. 1 der Verordnung fest.[540]

C. Nachsteuerungen am Natura-2000-Netzwerk

Während sich vorstehende Ausführungen der Frage einer Auswahl und Ausweisung der Schutzgebiete im Untersuchungsbereich widmen, gilt es jedoch auch umgekehrt zu untersuchen, inwieweit dieser Schutzstatus verändert oder sogar aufgehoben werden kann, womit sich aufgrund freiwerdender Flächen unmittelbar der Gedanke neuer Bereiche für die Offshore-Windenergiegewinnung verbindet.

I. Änderung oder Aufhebung des Schutzgebiets aus naturschutzfachlichen Gründen

Der EuGH hat in Bezug auf Vogelschutzgebiete bereits frühzeitig zu erkennen gegeben, dass die Mitgliedstaaten, nachdem sie ein Gebiet als zu den geeignetsten zugehörig anerkannt haben, über keinen Beurteilungsspielraum verfügen, der dem des Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL entspricht.[541] Diese Selbstbindung[542] ist nach Ansicht des EuGH darin begründet, dass es den Mitgliedstaaten anderenfalls möglich wäre, sich den Schutzverpflichtungen auf diese Weise zu entziehen.[543]

Die grundsätzliche Lossagung von der getroffenen Gebietsauswahl oder die Neuausweisung eines Minus kann somit nicht auf Art. 4 Abs. 1 VRL gestützt werden. Gleiches gilt aus selbigen Gründen auch hinsichtlich Art. 4 Abs. 2 VRL.[544]

---

538 Siehe insbesondere 2. Kapitel, B., III., 1. b).

539 Auch eine bereits vor Inkrafttreten der Verordnung, aber vor der Zulassung erfolgte Prüfung ist aufgrund des Sinn und Zwecks, die Prüfpflicht in der Schutzgebietsverordnung niederzulegen, nicht jedoch erneute Prüfungen zu veranlassen, geeignet, diese Voraussetzung zu erfüllen. Derartige Prüfungen sind, ungeachtet an geeigneter Stelle anzusprechender Fragen des Schutzstandards, z.B. bei den Windparks „Butendiek" und „Dan Tysk" (Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek", S. 48 ff. und Genehmigung des BSH v. 23.8.2005, Windpark „Dan Tysk", S. 66 f.), angestrengt worden.

540 *Gellermann,* in: ders./Stoll/Czybulka, Handbuch des Meeresnaturschutzrechts, § 3 C. III. 3. b.

541 EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-883, Rn. 20 – Leybucht.

542 *Gellermann,* Natura 2000, S. 129.

543 EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-883, Rn. 20 – Leybucht.

544 I.E. ebenso, wenn auch mit anderen Ansätzen, *Jarass,* NuR 1999, 381 (388).

Ist auch für FFH-Gebiete davon auszugehen, dass sich der Mitgliedstaat grundsätzlich nicht durch einseitiges Handeln seiner Verpflichtungen entledigen darf, tritt hinzu, dass das weitere Verfahren zur Erstellung der Gemeinschaftsliste auf der Meldung des Staates aufbaut und damit auf Kontinuität angewiesen ist.[545]

Im Ergebnis kann daher nicht an die Vorschriften und Modalitäten angeknüpft werden, die Vogelschutzgebiete oder Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung zur Entstehung gebracht haben.

Im Bereich der FFH-RL besteht aber grundsätzlich die Möglichkeit der „Rückstufung" eines FFH-Gebiets. Davon zeugt Art. 9 S. 2 FFH-RL, nach dem im Zusammenhang mit der Beurteilung nach Art. 9 S. 1 FFH-RL „die Aufhebung der Klassifizierung als besonderes Schutzgebiet in den Fällen erwogen werden [kann], in denen die gem. Art. 11 FFH-RL beobachtete Entwicklung dies rechtfertigt." Auch wenn dahingehende Einzelheiten im Text der Richtlinie unangesprochen bleiben, kann dieses nur so verstanden werden, dass die Aufhebungsentscheidung, gewissenmaßen als Umkehrung der dritten Stufe nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 FFH-RL, durch die Festlegung einer geänderten Liste nach dem Verfahren des Art. 21 FFH-RL erfolgt.[546]

Teilweise wird davon ausgegangen, dass selbst bei einer qualitativen Verschlechterung ein Anwendungsbereich dieser Vorschrift bestehen kann.[547]

Sachgerecht ist es indes, davon auszugehen, dass nicht einmal jede positive Entwicklung in einem insofern isoliert betrachteten Gebiet die Aufhebung der Klassifizierung rechtfertigt, sondern nur eine ganzheitliche Verbesserung des Lebensraumtyps oder einer Art.[548] Schon die Anknüpfung an das Verfahren nach Art. 21 FFH-RL lässt einen unionsweiten Maßstab vermuten, legt er die Entscheidung doch nicht in nationale Hände, sondern in die eines Gremiums auf Unionsebene. Ausschlaggebend ist letztlich, dass die Vorschrift an Art. 11 FFH-RL anknüpft und daher mit dieser Vorschrift in engem Zusammenhang steht. Gerade dort geht es jedoch nicht um die Überwachung des Erhaltungszustands von Arten und Lebensraumtypen nur in den konkret geschützten Gebieten, sondern um einen ganzheitlichen Betrachtungsrahmen.

Eingedenk der Tatsache, dass FFH-Gebiete regelmäßig eine Vielzahl an Lebensraumtypen und Arten umfassen, sind daher in absehbarer Zeit allenfalls Teilaufhebungen in Betracht zu ziehen, soweit sich Teilabschnitte für einzelne Arten und Lebensraumtypen überhaupt isolieren lassen.[549]

Obwohl Vogelschutzgebiete einen Bestandteil des Natura-2000-Netzwerks bilden, richtet sich ebenso wie deren Entstehung auch deren Änderung oder Aufhebung weiter nach den Vorgaben der VRL, da insbesondere die Überleitungsvorschrift in Art. 7 FFH-RL keine Anwendbarkeit des Art. 9 S. 2

545 *Gellermann,* Natura 2000, S. 129.
546 In diese Richtung offenbar auch *Schrader,* BWGZ 2007, 61 (63).
547 *Schrader,* BWGZ 2007, 61, (63).
548 *Gellermann,* Natura 2000, S. 130.
549 *Gellermann,* Natura 2000, S. 130 f.

FFH-RL herbeiführt, der ohnehin an die Überwachung der FFH-Gebiete nach Art. 11 FFH-RL anknüpft.[550] Die VRL enthält ferner keine Vorschrift für eine Aufhebung der Klassifizierung im Fall der Erfüllung des Schutzgrundes.

Damit kommt es für Vogelschutzgebiete allein auf allgemein bestehende Möglichkeiten an, die zugleich ergänzend ebenso hinsichtlich der FFH-Gebiete bestehen.

Die erwähnte Rechtsprechung des EuGH[551] weist in der Tendenz dahin, dass die Mitgliedstaaten für derartige Schutzrückführungen besondere Gründe geltend machen müssen, um den von den Richtlinien bezweckten Schutz im fortgeschrittenen Stadium nicht doch einer Beliebigkeit anheim zu stellen.

Hat die naturfachliche Bedeutung von Beginn an nicht vorgelegen, ist die Anerkennung der grundsätzlichen Möglichkeit einer Aufhebung oder Änderung des Schutzstatus sachgerecht.[552] Neben Subsidiaritätsgesichtspunkten und Verhältnismäßigkeitsüberlegungen[553] ist hierfür ausschlaggebend, dass kein Anlass besteht, den Mitgliedstaat an seiner Entscheidung festzuhalten, wenn das Gebiet die ihm zugedachte Funktion nachweislich nicht erbringen kann.[554] Soweit sich die Annahme des raschen und hinreichenden naturfachlichen Erkenntnisgewinns über den Meeresbereich doch als verfrüht erweisen sollte und Aufschluss darüber erlangt werden sollte, dass die angenommene Wertigkeit gar nicht gegeben ist, kann dieses folglich zur Aufhebung des Schutzstatus und nicht dem Regime der FFH-RL unterliegenden Nutzungsmöglichkeiten führen. Dieses erscheint nicht völlig fernliegend, wenn man bedenkt, dass beispielsweise die Erfassung der Verhaltensmuster und des Verbreitungsgebiets von Kegelrobben und Seehunden im offenen Meer äußerst schwierig ist und zwischenzeitliche Ergebnisse zumindest Raum für spätere abweichende Eingrenzungen lassen.[555] Zugleich ist die Kommission in derartigen Fällen einer Anpassung der Gebietsliste bislang aufgeschlossen gegenübergetreten.[556]

Dieses Vorgehen ist überdies auch zuzugestehen, wenn nachträgliche Veränderungen zum Wegfall des Schutzgrundes geführt haben.[557]

Zu beachten ist, dass ein Entfallen des Schutzgrundes oder eine verfehlte Bewertung nur bei einem dauerhaften Ausbleiben der maßgeblichen Art oder des

---

[550] *Jarass,* NuR 1999, 481 (487); sich anschließend *Gellermann,* in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband), § 78, Rn. 40.

[551] EuGH, Urt. v. 28. 2. 1991, Rs. C-57/89, Slg. I-883, Rn. 20 – Leybucht.

[552] Hinsichtlich Vogelschutzgebieten bereits *Iven,* NuR 1996, 373 (376) sowie *Jarass,* NuR 1999, 481 (488).

[553] Siehe hierzu *Iven,* NuR 1996, 373 (376).

[554] In dieser Hinsicht *Gellermann,* Natura 2000, S. 131 f.

[555] Vgl. *BioConsult SH/Biola,* Fachgutachten Meeressäuger, S. 43 f. mit dem durchaus überraschenden Bekenntnis, dass es sich bei dieser Untersuchung aus dem Jahr 2008, mangels vorhergehender, belastbarer Daten, um die erste Einschätzung hinsichtlich der Nutzung des Bereichs des Vorzeigeprojektes „Alpha Ventus" durch Robben handelt.

[556] Vgl. BR-Drs. 396/09, Anlage 7, S. 2.

[557] *Gellermann,* Natura 2000, S. 131 f.

relevanten Lebensraumtyps anzunehmen ist.[558] Gerade im komplexen Meeresbereich sind erhebliche Schwankungen und gegebenenfalls ein vollständiges Ausbleiben einer Art über viele Jahre nicht grundsätzlich auszuschließen.[559] Ein Wegfall oder Nichtbestehen des Schutzgrundes ist hiermit daher aber nicht zwingend verbunden. Auch ist dem Mitgliedstaat eine Aufhebung des Schutzstatus verwehrt, soweit die fehlende Eignung des Gebiets ihre Ursache in einem unionsrechtswidrigen Handeln des Mitgliedstaates hat. Übergeordnet ist hierbei zu beachten, dass in jedem Einzelfall sorgsam zu prüfen ist, ob der Wegfall oder das Nichtbestehen des Schutzgrundes tatsächlich auf einer grundsätzlichen Ungeeignetheit des Gebiets oder nicht doch auf einer Vernachlässigung der mitgliedstaatlichen Pflichten beruht, da der unionsrechtliche Schutz nicht nur auf Erhaltung, sondern auch auf Wiederherstellung zielt.[560] Die trotz dauerhaft unerreichbarer Funktion des Gebiets dem Mitgliedstaat auferlegten Restriktionen sind hierbei Ausdruck des Gedankens eines Verbots des „venire contra factum proprium".[561]

Bei Vogelschutzgebieten kann der Mitgliedstaat bei Vorliegen der vorstehend benannten Voraussetzungen die Ausweisung zurücknehmen, wobei ihn eine Anzeigepflicht nach Art. 4 Abs. 3 VRL trifft.[562]

In Bezug auf FFH-Gebiete erscheint angesichts fehlender Anknüpfungspunkte im Richtlinientext unklar, ob vergleichbar angenommen werden kann, dass der Mitgliedstaat von seiner Pflicht gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL trotz Aufnahme des Gebiets in die Gemeinschaftsliste allein aufgrund eines entsprechenden Befundes entbunden ist[563], oder ob dem Mitgliedstaat nur ein Anpassungsanspruch analog Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL zusteht[564]. Angesichts der fehlenden Schutzwürdigkeit wird man davon ausgehen dürfen, dass beide Möglichkeiten dem Mitgliedstaat ergänzend zustehen. Allerdings sollte er nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL gehalten sein, der Kommission eine aktualisierte nationale Gebietsliste zukommen zu lassen.

II. Änderung oder Aufhebung des Schutzgebiets aus wirtschaftlichen Erwägungen

Liegen diese in vergleichsweise engen Grenzen vorstellbaren naturfachlichen Gründe nicht vor, kann gleichwohl ein Bedürfnis des Mitgliedstaates an einer

---

558 *Iven,* NuR 1996, 373 (376).

559 Vgl. zum Schweinswal beispielsweise *Siebert/Müller/Gilles/u.a.,* in: BfN, Bedrohte Biodiversität, S. 490.

560 *Gellermann,* Natura 2000, S. 132.

561 So ausdrücklich *Gellermann,* Natura 2000, S. 132; hinsichtlich Vogelschutzgebieten bereits *Iven,* NuR 1996, 373 (376); *Jarass,* NuR 1999, 481 (489).

562 Vgl. zu Fragen fehlerhafter Meldungen von Vogelschutzgebieten allgemein auch *Jarass,* NuR 1999, 481 (490).

563 In diese Richtung *Gellermann,* Natura 2000, S. 132.

564 So in der Tendenz *Spannowsky,* in: Jarass, EG-Naturschutzrecht, S. 45.

Aufhebung oder einer Änderung des Schutzgebiets bestehen. Im Hinblick auf Offshore-Windkraftvorhaben betrifft dieses insbesondere wirtschaftliche Interessen.

Weder die VRL noch die FFH-RL sehen jedoch für derartige Belange Mechanismen vor, die eine Aufhebung oder Änderung des Schutzstatus ermöglichen.[565] Der überzeugende dahinterstehende Gedanke ist, dass derartige Aspekte im Zusammenhang mit konkreten Projekten zu sehen sind, deren Zulässigkeit aber nicht durch eine Lossagung von dem gerade zu gewährleistenden Schutzstatus und damit einer Umgehung des Flächenschutzsystems herbeigeführt werden soll, sondern an den Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 und 4 (gegebenenfalls i.V.m. Art. 7) FFH-RL zu messen ist.

Entsprechend hat der EuGH bereits frühzeitig klargestellt, dass Änderungen des Gebiets bei derartigen Interessenlagen allein nach den Kriterien für die Zulassung des Projekts selbst in Betracht kommen, da in einer Genehmigung im Wege einer Abweichungsentscheidung zugleich eine Umkehrung der „Entscheidung über die Klassifizierung eines solchen Gebiets durch Verkleinerung der Fläche“ zu sehen ist.[566]

Von derartigen Einzelfallentscheidungen unabhängige, grundsätzliche Lossagungen vom Schutzstatus sind dagegen unzulässig.[567] Eine entsprechende Geltendmachung gewichtiger industriepolitischer Gesichtspunkte durch die Offshore-Windkraftindustrie scheidet daher de lege lata bereits grundsätzlich aus.

D. Ergebnisse zum 2. Kapitel

Die vorstehenden Ausführungen knüpfen an die Erkenntnis an, dass bei der Betrachtung der Entstehung der Natura-2000-Gebiete zwischen Vogelschutzgebieten und FFH-Gebieten zu unterscheiden ist.

Im Einzelnen ist die Listenaufnahme bei FFH-Gebieten von besonderer Bedeutung, da erst diese gem. Art. 4 Abs. 4 FFH-RL die Pflicht zur Unterschutzstellung des Gebiets durch den Mitgliedstaat auslöst. Das Verfahren zur Aufstellung der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung ist hierbei mehrstufig ausgestaltet.

In einer ersten Stufe werden durch den Mitgliedstaat nationale Gebietslisten alleine anhand der in Anhang III (Phase 1) der FFH-RL genannten Kriterien erstellt. Insbesondere wirtschaftliche Erwägungen finden bei diesem Vorgehen keine Berücksichtigung.

---

565 Dazu, dass eine Abgrenzung zwischen beiden Situationen wenig zielführend ist, siehe die Darstellung bei *Jarass,* NuR 1999, 481 (488).

566 EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-44/95, Slg. I-3805, Rn. 39 – Lappel-Bank; siehe auch bereits EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-883, Rn. 20 – Leybucht; noch mit Blick auf Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL ausführlich und i.E. ebenso, *Jarass,* NuR 1999, 481 (488 f.).

567 *Gellermann,* Natura 2000, S. 133.

Im nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland überantwortet § 32 Abs. 1 BNatSchG die Gebietsauswahl den Ländern. Für den Bereich der AWZ ist gem. § 57 Abs. 1 S. 1 BNatSchG das BfN für die Auswahlentscheidung zuständig.

In tatsächlicher Hinsicht betrifft das einzige gemeldete Gebiet des niedersächsischen Küstenmeeres den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“, der sich jedoch hinsichtlich der erfassten Flächen von dem eigentlichen Nationalpark unterscheidet. Für den Bereich der AWZ in der Nordsee hat das BMU im Zuge von Nachmeldungen im Mai 2004 die Gebiete „Doggerbank“, „Sylter Außenriff“ und „Borkum-Riffgrund“ als Meldegebiete übermittelt.

Die zweite Phase bildet die Erstellung eines Entwurfs der Gemeinschaftsliste gem. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 FFH-RL. Da dieser Schritt jedoch die Übermittlung der Meldegebiete voraussetzte, konnte er wegen der unterbliebenen Mitwirkung durch die Mitgliedstaaten erst mit Verzögerungen durchgeführt werden. Zu beachten ist, dass der Kommission bei diesem Schritt die Aufgabe zukam, die gemeinschaftliche Bedeutung der von den Mitgliedstaaten vorgeschlagenen Gebiete anhand der Kriterien des Anhangs III (Phase 2) FFH-RL zu beurteilen.

In die zwischenzeitlich verabschiedete und mehrfach aktualisierte Liste mit Gebieten für den atlantischen biogeografischen Raum wurden alle von deutscher Seite für den Untersuchungsbereich gemeldeten Gebiete aufgenommen.

Gleichwohl ist damit auch für die Zukunft die Listung weiterer Schutzgebiete nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Insofern ist die von der Kommission angenommene Vollständigkeit der deutschen Gebietsmeldungen nur so zu interpretieren, dass der Bundesrepublik Deutschland zurzeit kein Vorwurf unvollständiger Gebietsmeldungen gemacht werden kann.

Ohnehin treffen die Mitgliedstaaten auch nach Abschluss der Phase der Erstellung der nationalen Gebietslisten nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL dauerhafte Meldepflichten, da die Errichtung des Natura-2000-Netzwerkes nur das Hilfsmittel zum Erreichen des bezweckten effektiven Habitatschutzes ist.

Das Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1995/2225 ist allerdings wegen der nicht mehr in Rede stehenden unzureichenden Gesamtmeldung an Gebieten durch die Bundesrepublik Deutschland endgültig abgeschlossen.

Bei der sich anschließenden Unterschutzstellung der im Untersuchungsbereich identifizierten Gebiete kommt es zu Verzögerungen. Während für das niedersächsische Küstenmeer die Ausweisung des Nationalparks „Niedersächsisches Wattenmeer“ fristgerecht vor dem 8. Dezember 2010 erfolgt ist, sind die Gebiete „Doggerbank“, „Sylter Außenriff“ und „Borkum-Riffgrund“ im Bereich der AWZ in der Nordsee nicht wie erforderlich bis zum 13. November 2013 unter Schutz gestellt worden.

Hinsichtlich der Anforderungen an eine Unterschutzstellung ist zu beachten, dass diese regelmäßig durch eine rechtsnormative Ausweisung zu erfolgen hat. § 32 Abs. 4 BNatSchG ist daher äußerst restriktiv anzuwenden. In dieser Hinsicht ist auch festzuhalten, dass die aufgrund einer Meldeanpassung des Gebiets „Niedersächsisches Wattenmeer“ getroffene Regelung in § 2 Abs. 3 S. 4

NWattNPG a.F. keine rechtsnormativ festgelegte exakte Gebietsabgrenzung umfasste.

Bei der Unterschutzstellung sind in materieller Hinsicht gem. Art. 4 Abs. 4 FFH-RL Prioritätensetzungen erforderlich, anhand derer Schwerpunkte für den Schutz und die Förderung der Gebiete gesetzt werden und die zueinander in einem Vorrangverhältnis stehen. Der zur Erreichung der Erhaltungsziele erforderliche Schutz wird daneben regelmäßig auch konkrete Regelungen in Form von Ge- und Verboten erfordern, um einer Ungeeignetheit des Schutzes durch im Einzelfall sachwidrige Spielräume vorzubeugen.

Innerstaatlich erfolgt die Unterschutzstellung im Regelfall gem. § 32 Abs. 2 BNatSchG durch Erklärung zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG. Nach § 23 Abs. 2 S. 1 (gegebenenfalls i.V.m. § 24 Abs. 3) BNatSchG zu untersagende Aktivitäten können auch außerhalb der geschützten Flächen vorgenommene Maßnahmen betreffen. Diese kann dann bereits für die Annahme einer grundsätzlichen Unzulässigkeit von Windkraftanlagen hinreichend sein.

Der in § 32 Abs. 3 S. 1 BNatSchG benannte Schutzzweck ist richtlinienkonform dahingehend zu verstehen, dass die vom Unionsrecht geforderte Festsetzung hinreichend konkretisierter Erhaltungsziele gemeint ist. Zugleich muss den in § 32 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BNatSchG angesprochenen jeweiligen Erhaltungszielen umgekehrt überlagernd ein bereits derart hinreichendes Verständnis beigemessen werden, dass die Wahl der Schutzgebietskategorie wie auch die geforderte Ausgestaltung der als Schutzzweck bezeichneten Erhaltungsziele nicht vereitelt wird.

Mit Blick auf die Umsetzung dieser Maßgaben im Untersuchungsbereich ist festzustellen, dass mangels ausdifferenzierter Erhaltungsvorgaben in den Vorgängerregelungen erst mit der Neufassung im Jahr 2010 in § 2 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Anlage 5 NWattNPG rechtsnormativ festgelegte Erhaltungsziele für das Gebiet „Nationalpark Niedersächsisches Wattenmeer“ geschaffen wurden. Die Verbote der §§ 6 ff. NWattNPG sind hinsichtlich der außerhalb der Flächen des Nationalparks geplanten Offshore-Windparks nicht einschlägig. Die Ausgestaltung der Unterschutzstellungen der in der AWZ gelegenen Gebiete bleibt dagegen abzuwarten.

Die Untersuchung der Entstehung und Ausweisung von Vogelschutzgebieten hat sowohl erhebliche Unterschiede als auch starke Gemeinsamkeiten zu den entsprechenden Erkenntnissen für FFH-Gebiete gezeigt.

Zu beachten ist insbesondere, dass die Erklärung zum Schutzgebiet gem. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 und Abs. 2 VRL, durch die Vogelschutzgebiete in die juristische Wirklichkeit treten, und die Meldung der Gebiete, als Teil der Verpflichtung zur Übermittlung sachdienlicher Informationen an die Kommission gem. Art. 4 Abs. 3 VRL, zu unterscheiden sind. Die Pflicht der Erklärung zum Schutzgebiet umfasst die Verleihung eines geeigneten Schutzstatus.

Die Auswahl der für die Erhaltung der Arten des Anhangs I „zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete" gem. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL hat der Mitgliedstaat zuvörderst an ornithologischen Gesichtspunkten auszurichten. Auch in Bezug auf die VRL kann sich der Mitgliedstaat in dieser Hinsicht nicht auf wirtschaftliche Erfordernisse berufen.

Soweit in Einzelfällen wegen der ornithologisch besonders herausragenden Qualität eines Gebiets bezüglich der Zugehörigkeit zum Kreis der geeignetsten Gebiete kein Spielraum besteht, ist die Erklärung zum Schutzgebiet zwingend. Ist sie unterblieben, wird dieses Gebiet als „faktisches Vogelschutzgebiet" bezeichnet.

In Bezug auf den Entstehungsprozess ist schließlich auch hinsichtlich der VRL für die Zukunft nicht dauerhaft ausgeschlossen, dass erneute Auswahlpflichten eintreten können.

Hinsichtlich der Anforderungen an die Erklärung zum Vogelschutzschutzgebiet ist festzuhalten, dass auch diese rechtsnormativ auszuweisen und mit Soll-Vorgaben im Sinne von Erhaltungszielen auszustatten sind.

Im nationalen Recht sind § 32 Abs. 2 bis 4 und § 57 Abs. 2 BNatSchG auf nach der VRL zu schützende Gebiete anzuwenden, wobei § 32 Abs. 2 BNatSchG bei zu schützenden Vogelschutzgebieten ebenfalls äußerst restriktiv anzuwenden ist.

In tatsächlicher Hinsicht hat sich gezeigt, dass die Vogelschutzgebiete im niedersächsischen Küstenmeer bereits mehrfach erweitert wurden. Dieses betrifft insbesondere den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer", der zu großen Teilen ein Vogelschutzgebiet beherbergt und mit dem eigentlichen Nationalpark nicht deckungsgleich ist.

Die entsprechenden Schutzgebietsausweisungen der Nationalparkflächen wurden 2001 bzw. 2010 in § 2 Abs. 2 NWattNPG vorgenommen. Jenseits der Übernahme abstrakter Zielformulierungen der VRL fanden sich bis 2010 gebietsspezifische Erhaltungsvorgaben jedoch nur in der Anlage der Begründung des Gesetzentwurfs zum NWattNPG aus dem Jahr 2001. Die dort formulierten Erhaltungsansätze verfehlten den Anspruch einer rechtsnormativen Festsetzung, waren jedoch inhaltlich vergleichsweise detailliert ausgestaltet. Mit der Neufassung des NWattNPG im Jahr 2010 wurden die Erhaltungsziele in § 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Anlage 5 NWattNPG gesetzlich verankert.

Den Erweiterungsflächen „Küstenmeer vor den ostfriesischen Inseln" und „Roter Sand" aus dem Jahr 2007 wurde der erforderliche Schutzstatus durch die am 31. Oktober 2007 erlassenen Verordnungen „über das Naturschutzgebiet ‚Roter Sand' in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee" und „über das Naturschutzgebiet ‚Küstenmeer vor den Ostfriesischen Inseln' in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee" verliehen. Mit der Integration der Flächen 2010 in das Vogelschutzgebiet nach § 2 Abs. 2 S. 1 NWattNPG traten die Verordnungen außer Kraft.

Aufgrund von Gebietsstreitigkeiten mit den Niederlanden erfolgte erst im März 2010 die Erweiterung des Vogelschutzgebiets "Niedersächsisches Watten-

meer und angrenzendes Küstenmeer" um das Gebiet „Borkum Riff". Durch eine Verordnung vom 26. August 2010 wurde das Gebiet auch rechtsnormativ vergleichbar unter Schutz gestellt.

Die ökologische Wertigkeit der Flächen, auf denen gerade die Errichtung der Windparks im niedersächsischen Küstenmeer vorgesehen ist, war zunächst strittig. Insbesondere ein Gutachten sollte nach teilweise vorgenommener Interpretation nicht nur die Auswahl dieser Gebiete nahegelegt haben, sondern aufgrund der besonderen ökologischen Qualität auch eine Verdichtung des Beurteilungsspielraums belegen, die zu einer Pflicht zur Auswahl der Gebiete geführt hätte. Die Ausklammerung dieser Flächen bei der Unterschutzstellung von Vogelschutzgebieten im niedersächsischen Küstenmeer fand jedoch nach Einholung weiterer Gutachten im wissenschaftlichen Konsens statt.

In der AWZ in der Nordsee wurde allein das Gebiet „Östliche Deutsche Bucht" als zu den geeignetsten im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL gehörig ausgewählt und durch die „Verordnung über die Festsetzung des Naturschutzgebiets ‚Östliche Deutsche Bucht'" im Jahr 2005 rechtsnormativ unter Schutz gestellt.

Weiterhin ist auch auf die Einstellung des seit langem anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 2001/5117 wegen einer unzureichenden Meldung von Vogelschutzgebieten hinzuweisen.

Was schließlich Nachsteuerungen am Natura-2000-Netzwerk anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass den Mitgliedstaaten, nachdem sie ein Gebiet als zu den geeignetsten zugehörig anerkannt haben, kein Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4, Abs. 2 VRL entsprechender Beurteilungsspielraum mehr zusteht. Gleiches gilt angesichts des Aufstellungsverfahrens für die Gemeinschaftsliste ohnehin für FFH-Gebiete.

Die in Art. 9 S. 2 FFH-RL angesprochene „Rückstufung" eines FFH-Gebiets ist zwar bei einer ganzheitlichen Verbesserung des Zustands der zu schützenden Lebensraumtypen oder Arten durchaus möglich. Da FFH-Gebiete regelmäßig eine Vielzahl an Lebensraumtypen und Arten umfassen, sind in absehbarer Zeit aber allenfalls Teilaufhebungen in Betracht zu ziehen, soweit sich Teilabschnitte für einzelne Arten und Lebensraumtypen überhaupt isolieren lassen. Festzuhalten ist auch, dass die VRL keine Art. 9 S. 2 FFH-RL entsprechende Vorschrift enthält.

Im Übrigen haben die Mitgliedstaaten für Schutzrückführungen besondere Gründe geltend zu machen, um den von den Richtlinien bezweckten Schutz im fortgeschrittenen Stadium nicht doch noch einer ungewünschten Beliebigkeit anheim zu stellen. In Betracht kommt insbesondere, dass die naturfachliche Bedeutung von Beginn an nicht vorgelegen hat, wie es gerade im vergleichsweise unerforschten Meeresbereich denkbar ist. Entsprechendes gilt auch, wenn nachträgliche Veränderungen zu einem dauerhaften Wegfall des Schutzgrundes geführt haben, es sei denn, dieser findet seine Ursache in einem unionsrechtswidrigen Handeln des Mitgliedstaates. Wirtschaftliche Interessen ermöglichen jedoch keine Aufhebung oder Änderung des Schutzstatus. Deren Verfolgung ist vielmehr gerade am Maßstab des zu gewährleistenden Schutzstatus zu messen.

3. Kapitel: Der Schutz der Natura-2000-Gebiete nach Art. 6 FFH-RL bei der Genehmigung von Offshore-Windparks

Die Untersuchung der im Meeresbereich getroffenen Festsetzungen hat gezeigt, dass Offshore-Windparkvorhaben nicht vorweggenommen als unverträglich bewertet wurden. Andererseits wurden z.T. bereits rechtsnormativ niedergelegte Erhaltungsziele formuliert, die das notwendige Substrat für die Schutzgewährleistungen gerade auch bei der Genehmigung von Projekten darstellen sollen. Für andere Flächen steht dieser Schritt noch aus.

Die Frage, welche Konsequenzen die Errichtung der Schutzgebiete auf der Grundlage der skizzierten weitgehenden Anforderungen an Auswahl und Unterschutzstellung von Flächen auch im Meeresbereich nach sich zieht, ist am Maßstab des zu gewährenden materiellen Schutzes selbst zu beantworten. Die sich hieraus ergebende Maßgeblichkeit einer Beurteilung des Offshore-Windkraft-Vorhabens im Rahmen des Anlagenzulassungsverfahrens hat unter Anwendung der in Art. 6 FFH-RL (gegebenenfalls i.V.m. Art. 7 FFH-RL) bzw. §§ 33 f. BNatSchG normierten Schutzgewährleistungen zu erfolgen, deren Vorgaben und praktischer Umsetzung daher die Aufgabe zukommt, potenzielle Konflikte mit dem Flächenschutz durch die Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windparks einer sachgerechten Lösung zuzuführen.

A. Gebietsmanagement in FFH-Gebieten

Das in Art. 6 Abs. 1 FFH-RL den Mitgliedstaaten aufgegebene Gebietsmanagement beinhaltet die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Festlegung aller erforderlichen Erhaltungsmaßnahmen. Deren besondere Bedeutung ist darin zu sehen, dass sie die Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL ergänzen, indem sie über die dortigen Gewährleistungen hinausgehen.[568]

Angesprochen sind damit solche Maßnahmen, deren Durchführung positive Auswirkungen auf die vorkommenden Lebensraumtypen und Arten verspricht. Obwohl regelmäßig aktives Handeln in Rede stehen wird, sind grundsätzlich auch rein passive Verhaltensweisen erfasst.[569]

Durch die Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen steht aber vornehmlich zu vermuten, dass diese dem Gebietsschutz abträglich sind. Dennoch ist auch im Rahmen dieser Vorhaben ein denkbarer Anwendungsbereich der Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 FFH-RL nicht von vorneherein ausgeschlossen. Zu denken ist beispielsweise an positive Effekte durch Neuansiedlungen von Arten im Umfeld der nicht mehr befischbaren oder befahrbaren Gewässer.[570]

Angesprochen ist damit die Frage nach der Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 FFH-RL. Erhaltungsmaßnahmen sind als unmittelbar mit der Verwaltung des Gebiets in Verbindung stehende oder hierfür notwendige Verhaltensweisen gem. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL keiner Verträglichkeitsprüfung unterworfen.[571] Daher ist im Grundsatz festzuhalten, dass auch der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL durch ein zu weites Verständnis des Begriffs der Erhaltungsmaßnahmen nicht unzulässig ausgedünnt werden darf. Die Kommission weist daher darauf hin, dass ein restriktives Verständnis geboten ist und dass, soweit nur Teilmaßnahmen erfasst werden oder auch aufgrund von Auswirkungen auf andere Gebiete, eine Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL trotz Vorliegens einer Erhaltungsmaßnahme durchzuführen sein kann.[572]

Aufgrund der im Übrigen bislang eher vernachlässigten Behandlung der Frage der Abgrenzung zwischen Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 1 FFH-RL und des verbleibenden Kreises an Projekten für die nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, bietet es sich an, die entscheidenden Kriterien anhand von Beispielen herauszuarbeiten[573]:

---

[568] *Gebhard,* NuR 1999, 361 (367); *Gellermann,* EUDUR II, § 79, Rn. 38; *ders.,* Natura 2000, S. 67 f.

[569] *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 20.

[570] Zu möglichen positiven Auswirkungen auf den Naturhaushalt durch die Errichtung der Anlagen im Meer vgl. die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Delta Nordsee 2", S. 43 und die Pressemitteilung des *BSH* v. 30.10.2013.

[571] *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 34.

[572] *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 34 f.

[573] Zu Beispielen für Maßnahmen des Gebietsmanagements siehe auch *Gellermann,* Natura 2000, S. 68 sowie abstrakt, *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 21. Zur Ab-

Sieht ein Erhaltungsplan beispielsweise vor, dass ein Meeresgebiet naturbelassen bleiben soll, so dient diese passive Maßnahme der Verwaltung des Gebiets. Ein Beispiel für eine aktive Erhaltungsmaßnahme stellt dagegen die Rückführung in einen naturbelassenen Zustand dar. Zu beiden Ansätzen treten die Errichtung und der Betrieb neuer Offshore-Windenergieanlagen unter Umständen in Konflikt. Daher fragt sich, ob deren Genehmigungsfähigkeit aufgrund einer möglichen Unverträglichkeit nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL in Zweifel zu ziehen ist oder ob diese den Zielsetzungen der Erhaltungsmaßnahmen widersprechen und daher nicht genehmigungsfähig sind.

Festzustellen ist zunächst, dass der Bau neuer Anlagen selbst, trotz des drohenden Zuwiderlaufens mit den Anstrengungen der Erhaltungsmaßnahmen, keine pflegerische Maßnahme darstellt. Diese wird zwar in ihrer Zielsetzung berührt, im Übrigen aber unabhängig von dem Vorhaben verfolgt. Das lässt den Schluss zu, dass ein relevanter Unterschied darin besteht, dass Art. 6 Abs. 3 FFH-RL auf die Abwehr unverträglicher Nutzungen zielt, die Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 1 FFH-RL dagegen eine positive Entwicklung bezwecken.[574] Sachgerechte Kriterien für die Beurteilung der Zulässigkeit der von Erhaltungsmaßnahmen losgelösten Aktivitäten sind hierbei insbesondere die im Rahmen der Ausweisung festgelegten Ge- oder Verbote und die Erhaltungsziele. Da diese letztlich an vergleichbaren Kriterien wie die Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 1 FFH-RL auszurichten sind, können bei stimmiger Umsetzung des Systems in der Sache keine unterschiedlichen Standards verfolgt werden. Im Ergebnis hat also in diesem Fall alleine die in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL vorgesehene Prüfung zu erfolgen.

Eine weitergehende „Erhaltungsbewirtschaftung“[575] im Sinne einer Entfaltung von Aktivitäten ist auch in Meeresgebieten entsprechend einschlägiger Erkenntnisse denkbar. Fortgedacht kann daher der Abbau vorhandener Windenergieanlagen eine pflegerische Erhaltungsmaßnahme sein. Ohne Weiteres einsichtig ist andererseits, dass, soweit der Rückbau einer Anlage mit den Erhaltungszielen des Gebiets unvereinbar sein könnte, dieser selbst einer Abwehrhandlung unterliegen könnte. Verschwimmen in diesen beiden Beispielen auf den ersten Blick die zuvor genannten Abgrenzungskriterien, können sie bei genauer Betrachtung in ihren Konturen geschärft werden:

Denkbar ist, dass der Abbau der Förderung des Lebensraums als pflegerische Maßnahme zugutekommen soll. Derartige Rückbauten mit dem Ziel, die Natur in ihren natürlichen Zustand zurückzuversetzen, sind sinnbildlicher Ausdruck von Erhaltungsmaßnahmen.[576]

Hindern die Anlagen eine entsprechend fördernde Maßnahme oder schließt diese deren Rückbau ein, erscheint es wenig sinnvoll, vorab eine Prüfung am

grenzung zwischen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 FFH-RL siehe auch bereits *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (67).

574 *Gellermann,* Natura 2000, S. 73.

575 *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 34.

576 Siehe *Gebhard,* NuR 1999, 362 (368) auch mit dem Beispiel des Rückbaus von Eindeichungen.

Maßstab von Art. 6 Abs. 3 FFH-RL anzustrengen, selbst wenn es sich um ein Projekt handelt. Denn beide Vorschriften sollen den Bedürfnissen des Gebiets dienen, nicht aber ihnen im Weg stehen. Entsprechend dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL lassen sich diese Maßnahmen als unmittelbar mit der Verwaltung des Gebiets in Verbindung stehende, notwendige Verwaltungsmaßnahmen verstehen, deren Unmittelbarkeit daher auch nicht deshalb entfällt, weil sie in Teilakten erfolgt. Vorbereitende Maßnahmen bilden vielmehr einen direkten Zusammenhang und bekommen ihn nicht erst durch weitere Wirkfaktoren gemittelt.

Dagegen kann der Fall befürchteter negativer Auswirkungen durch den von pflegerischen Maßnahmen unabhängigen Abbau der Anlagen nur nach dem Regime des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL behandelt werden, da diese gerade deren Abwehr bezwecken.

Entsprechende Überlegungen lassen sich auch hinsichtlich der zeitweisen Stilllegung einer Anlage, beispielsweise zur Paarungszeit, anstellen. Denn durch diese kann der Natur mit einem pflegerischen Charakter Raum zur Erholung gegeben oder eine Gefahr abgewendet werden.

Die Beispiele zeigen, dass vom Ergebnis her betrachtet zunächst vergleichbar erscheinende Maßnahmen nicht von vorneherein nach dem Regime des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL zu behandeln, sondern entsprechend ihrer Zwecksetzung mitunter auch als Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 1 FFH-RL einzuordnen sind. Immer dann, wenn es um die Abwehr von nicht ausschließlich mit der unmittelbaren Gebietspflege in Zusammenhang stehenden Einflüssen geht, ist jedoch das Schutzreglement des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL anzuwenden. Dieses trifft jedenfalls auch auf die neu zu errichtenden Offshore-Windenergieanlagen zu. Umgekehrt sind entsprechende pflegerische Maßnahmen bislang nicht ersichtlich. Diese Überlegung erlaubt es, im Folgenden Fragen des Gebietsmanagements auszublenden.

B. Die Schutzgewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL

Kommt es für die Genehmigungsfähigkeit der Errichtung und des Betriebs von Offshore-Windenergieanlagen entscheidend auf eine Bewährung unter den in Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL formulierten Vorgaben und deren entsprechende Umsetzung im nationalen Recht an, muss, an die bisher angeklungenen Grundzüge anknüpfend, diesen gebührende Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Dieses erfordert zunächst eine intensive Auseinandersetzung mit den Maßgaben des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL sowie den zu deren Umsetzung ergangenen nationalen Regelungen in § 34 BNatSchG, die als speziellere Regelungen

dem allgemeinen Störungs- und Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL grundsätzlich vorgehen.[577]

In zeitlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass die Schutzgewährleistungen ausweislich Art. 4 Abs. 5 FFH-RL nicht nur alle bereits unter Schutz gestellten Gebiete erfassen, sondern auch die nach nationalem Recht noch nicht ausgewiesenen Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung. Für den hier gewählten Untersuchungsrahmen betrifft dieses sämtliche in die Gemeinschaftsliste aufgenommenen Gebiete in der AWZ der Nordsee.

Zuletzt ist hervorzuheben, dass die folgenden Ausführungen zum Schutzregime der Abs. 2 bis 4 des Art. 6 der FFH-RL nicht nur für Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und FFH-Gebiete, sondern aufgrund der Überleitungsvorschrift in Art. 7 FFH-RL grundsätzlich auch für Vogelschutzgebiete Geltung beanspruchen. Auf Abgrenzungs- und Folgefragen, insbesondere im Fall defizitärer Ausweisungen, wird an geeigneter Stelle gesondert einzugehen sein.

I. Überblick über die Struktur von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL und des Umsetzungsrechts

Strukturell lässt sich, angelehnt an Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, von der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung eine sog. Vorprüfung unterscheiden, für die auch der Begriff „Screening" geläufig ist:[578]

Nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL sind Pläne oder Projekte nur dann einer Prüfung auf ihre Verträglichkeit mit den für das FFH-Gebiet festgelegten Erhaltungszielen zu unterziehen, wenn sie das FFH-Gebiet einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL benennt also zunächst eine Prüfschwelle.

Ist diese überwunden, folgt gem. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL „eine Prüfung mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen".[579] Diese gestufte Vorgehensweise kann auch in § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG wiedergefunden werden.[580]

Mit Blick auf die Einordnung der jüngeren Rechtsprechung des BVerwG[581] ist jedoch bereits vorweg darauf hinzuweisen, dass – je nachdem, welche Anforderungen an den jeweiligen Prüfungsschritt gestellt werden und/oder welche Verortung ein strengeres Kriterium hierbei erfährt – durch diese Strukturierung die rechtliche Tragweite der jeweiligen Stufe erheblich verändert werden kann.

---

577 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, I-7405, Rn. 35 – Muschelfischer; BVerwGE 128, 1 (Rn. 32).

578 Siehe *Storost,* DVBl. 2009, 673 (674).

579 BVerwGE 128, 1 (Rn. 40); vgl. auch die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 80. Allgemein zur Relevanz der Schlussanträge *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (276).

580 Zur Veranschaulichung sei auf das Schaubild bei *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 6 hingewiesen.

581 BVerwG, NVwZ 2008, 210 ff., siehe hierzu *Steeck/Lau,* NVwZ 2008, 854 (854 ff.) sowie *Gellermann,* NuR 2009, 8 (10).

Daher ist zu beachten, dass durch ein solches schematisches Vorgehen die Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL nicht unterlaufen werden dürfen.[582]

Ist der Umfang einer so verstandenen, von der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung abgetrennten Vorprüfung ohnehin einzelfallabhängig[583] und kann daher bis hin zu einer eher theoretisch anmutenden Unterscheidung führen, liegt der Unterschied von juristischem Gehalt nicht in verschiedenen Maßstäben, sondern allein in der Prüftiefe. Während die Vorprüfung hierbei auf der Grundlage der groben Faktenlage durchzuführen ist, erfolgt im Rahmen der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung die genaue Auseinandersetzung damit, ob die Zulassungsschwelle tatsächlich überwunden werden kann.[584] Diese Sichtweise entspricht auch dem Charakter als Vorprüfung, die weder einen strengeren Maßstab als die eigentliche Prüfung haben kann, ohne diese dem Vorwurf eines unsachgemäßen Selbstzwecks auszusetzen, noch einen weiteren Ansatz, der zu einem Unterlaufen des bezweckten Flächenschutzes gereichen würde.

Der Prüfung am Maßstab der Erhaltungsziele ist bei Vorliegen relevanter Auswirkungen sodann die Untersuchung einer Beeinträchtigung des Gebiets „als solches" gem. Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL nachgelagert.[585] Im nationalen Recht ist in dieser Hinsicht an § 34 Abs. 2 BNatSchG anzuknüpfen.

Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ermöglicht trotz negativer Beurteilung der Verträglichkeit unter gewissen Voraussetzungen die Zulassung des Projekts im Wege einer Abweichungsentscheidung. Es handelt sich hierbei um die Gewährleistung der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dessen Berücksichtigung – dieses ist mit Blick auf die strukturelle Gliederung zu betonen – der Feststellung einer Unverträglichkeit des Projekts als zweiter Schritt nachgelagert ist.[586]

II. Die Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL und deren Umsetzung im BNatSchG

Die fortgeschrittene Auslegung des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL durch die Rechtsprechung des EuGH und des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG durch die Judikatur des BVerwG haben der z.T. leidenschaftlich geführten Diskussion im Schrifttum über die durch diese Normen aufgestellten Maßgaben neue Nahrung verschafft. Die hierbei zu beobachtenden vielfältigen Akzentuierungen zwingen dazu, sich im Folgenden auf die wesentlichen Aspekte zum Gegenstand, Umfang und zur Ausgestaltung der Verträglichkeitsprüfung zu beschränken und hierbei zugleich begrifflich bedingte oder in einer unterschiedlichen Verortung aufgrund abweichender Strukturierung zwischen Vorprüfung und eigentlicher Verträglichkeits-

582 *Steeck/Lau,* NVwZ 2008, 854 (855).
583 *Kremer,* ZUR 2007, 299 (300).
584 *Steeck/Lau,* NVwZ 2008, 854 (855).
585 EuGH, ZUR 2013, 483 (487).
586 *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (276).

prüfung fußende Nuancierungen auszublenden, die in der Sache auf keinem unterschiedlichen Gehalt beruhen.

Nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL sind alle Projekte, die ein FFH-Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten, einer Verträglichkeitsprüfung zu unterziehen. Trotz dieser aufgrund ihrer Kürze zunächst eingängigen Aussage deutet sich die Auslegungsbedürftigkeit dieser Vorschrift bereits an, wenn man die Frage aufwirft, was unter einer erheblichen Beeinträchtigung zu verstehen ist und wann eine solche vorliegt. Hinzu tritt, dass Art. 6 Abs. 3 S. 1 den Anlass für eine Verträglichkeitsprüfung darin sieht, dass eine erhebliche Beeinträchtigung des Schutzgebiets erfolgen könnte, Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL dagegen von einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches spricht.

Obwohl das Verständnis weiterhin äußerst umstritten ist, knüpft die heutige Diskussion vor allem an drei damit aufgeworfene Aspekte an: was unter einer erheblichen Beeinträchtigung zu verstehen ist, wann ein Gebiet als solches beeinträchtigt wird und die Frage des Maßstabs bzw. der Beweislastverteilung.

1. Erhebliche Beeinträchtigung

Sowohl im Rahmen der Vorprüfung als auch bei der Verträglichkeitsprüfung selbst ist der Begriff der erheblichen Beeinträchtigung besonders ausschlaggebend. Die Feststellung, ob eine solche anzunehmen ist, ist daher bei der Zulassung der Windkraftanlagen im Meer in habitatschutzrechtlicher Hinsicht von entscheidender Bedeutung.

Insofern kann angesichts der vergleichsweise eindeutigen Positionierung des EuGH als geklärt angesehen werden, wann von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen ist. Der Gerichtshof geht davon aus, dass Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL sowohl im Rahmen des Screenings als auch in Bezug auf die eigentliche Verträglichkeitsprüfung eine Untersuchung der nachteiligen Auswirkungen eines Projekts im Hinblick auf die für das betroffene Gebiet festgelegten Erhaltungsziele einfordert.[587] Damit ist zunächst festzuhalten, dass nach Ansicht des EuGH sowohl im Rahmen der Vorprüfung als auch der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung die Erhaltungsziele den maßgeblichen Bezugspunkt bilden. Jede Beeinträchtigung eines Erhaltungsziels ist hierbei als eine erhebliche Beeinträchtigung des Gebiets nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL einzustufen.[588]

Umgekehrt bedeutet dieses zugleich, dass alle Projekte, die sich nachteilig auf das Gebiet auswirken, ohne jedoch die Erhaltungsziele zu beeinträchtigen, nicht auf ihre Verträglichkeit hin zu prüfen bzw. im Rahmen der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung als verträglich zu bewerten sind.[589]

[587] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 46 und Rn. 54 – Muschelfischer.
[588] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 46 und Rn. 54 – Muschelfischer.
[589] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 47 – Muschelfischer; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 14.4.2005, Rs. C-441/03, Slg. I-3043, Rn. 23.

Diesem Standpunkt des EuGH ist zuzustimmen. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL lässt insoweit vergleichsweise eindeutig erkennen, dass Gegenstand der Verträglichkeitsprüfung die Erhaltungsziele sind.[590] Daher ist die Lösung des EuGH, dass bei nachteiligen Auswirkungen auf die Erhaltungsziele und damit auf den Prüfungsgegenstand stets auch eine erhebliche Beeinträchtigung vorliegt, sachgerecht.

Im Ergebnis ist somit zwar an den Effekt auf die Erhaltungsziele nicht der Anspruch gestellt, eine besondere Erheblichkeit aufzuweisen, umgekehrt steht zugleich nicht jede irgendwie geartete Beeinträchtigung naturwertiger Belange in dem Verdacht, eine unverträgliche Nutzung zu sein.

Sind gerade bei der Errichtung und dem Betrieb großdimensionierter Offshore-Windparks beinahe zwangsläufig, z.T. gravierende Auswirkungen auf Schutzgebiete zu befürchten, ist daher noch nicht einmal in jedem Fall die Prüfschwelle als überwunden anzusehen, solange nur Anhaltspunkte für Auswirkungen ermittelt werden können, die in keinem Zusammenhang mit den Erhaltungszielen des Gebiets stehen.

2. Bezugskoordinaten bei der Beurteilung einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele durch Offshore-Windkraftprojekte

Sind Offshore-Windkraftprojekte folglich stets dahingehend zu überprüfen, ob sie eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele hervorrufen können, bedürfen die Bezugspunkte für diese Einordnung näherer Erörterung.

Hierbei ist das eigentliche Projekt selbst ganzheitlich zu erfassen. Da bei Offshore-Windparks in den deutschen Meereszonen regelmäßig Auswirkungen auf den Schweinswal in Rede stehen, führt dieses insbesondere dazu, dass nicht nur die mit Schalleinträgen einhergehende Errichtung oder die Lärmeinträge durch den Betrieb zu beachten sind, sondern beidem gebührendes Augenmerk zu schenken ist, was in der Genehmigungspraxis mit der Notwendigkeit eigenständiger Betrachtungen verbunden ist.[591] Zugleich ist auch der Wirkradius, in dem Auswirkungen in Betracht kommen, zu bestimmen, was eine Berücksichtigung der jeweiligen Dimensionen und der Konstruktionsweise im Einzelfall erfordert.[592]

a) Zusammenwirken mit anderen Projekten

Ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL, dass eine erhebliche Beeinträchtigung auch dann anzunehmen ist, wenn sich diese erst aus dem Zusammenwirken mit anderen Projekten ergibt, ist die Genehmigungsbehörde insbesondere verpflichtet, im Rahmen der Prüfung der Verträglichkeit

590 *Jarass,* NuR 2007, 371 (373).

591 Siehe beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“, S. 83.

592 *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 8.

eines Offshore-Projekts auch zu berücksichtigen, inwieweit kumulative Auswirkungen durch die anderen geplanten Offshore-Windparks drohen. Hierbei ist zu bedenken, dass die Windparks, alleine schon zur Koordination mit anderen Nutzungen, z.T. in bestimmten Bereichen konzentriert geplant sind. Im Rahmen des unionsweit angelegten Flächenschutzes werden auch Windparks in Meereszonen anderer Mitgliedstaaten erfasst.[593]

Hiermit verbindet sich die Frage, welches von mehreren Vorhaben im Konfliktfall zurückzutreten hat, wenn die Auswirkungen insgesamt zu gravierend erscheinen, eines der Vorhaben jedoch noch verträglich ist. Während bei bereits genehmigten Vorhaben die Antwort eindeutig zu Lasten des späteren Projekts ausfällt,[594] ist die Situation konkurrierender, noch im Verfahren befindlicher Anträge bislang weitgehend ungeklärt.

Teilweise wird allein einem Vorhaben durch das Abstellen auf den Zeitpunkt der Antragsstellung unter Rekurs auf ein allgemeines Prioritätsprinzip der Vorrang eingeräumt,[595] z.T. aber auch, nicht zuletzt, wegen neben der Antragsstellung als relevante Zeitpunkte in Betracht zu ziehenden weiteren Verfahrensstadien[596] davon ausgegangen, dass beide Vorhaben aufgrund eines Rückgriffs auf das Gebot der Rücksichtnahme auf ein zulässiges Maß zu reduzieren sind.[597]

Das Aufgreifen letztgenannter Lösung bietet sich im mitgliedstaatenübergreifenden Zusammenhang an, weil den jeweiligen Behörden wechselseitig keine Anlagenzulassungsbefugnisse für den anderen Rechtskreis zustehen – eine Situation, die sich aufgrund der intensiven Nutzung des Meeresbereichs auch durch die Nachbarstaaten der Bundesrepublik Deutschland vergleichsweise oft ergeben wird. Da kraft der mitgliedstaatlichen Pflicht zur effektiven Beachtung der Richtlinienvorgaben[598] beide Länder zur Problembewältigung verpflichtet sind, ist es auch unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung des bezweckten Schutzes genügend, wenn jeder Staat das ihm unterliegende Vorhaben auf ein zulässiges Maß beschränkt.

Sprach ansonsten jedenfalls im gegebenen Zusammenhang schon bisher die Vorrangregelung in § 5 Abs. 1 S. 4 SeeAnlV a.F.[599] aufgrund der hiermit einhergehenden, zumindest wertungsmäßigen Anerkennung des Prioritätsgedankens bei der Zulassung von Anlagen im Bereich der AWZ für eine Stufung

---

593 So nahm z.B. die Genehmigung des BSH v. 20.12.2007, Offshore-Windpark „EnBW He dreiht", S. 31 den dänischen Windpark „Horns Rev", einen der größten Windparks der Welt (bereits in Betrieb) in den Blick; siehe allgemein in dieser Hinsicht auch bereits *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (69).

594 *Reidt,* DVBl. 2009, 274 (275 f.).

595 So *Rolshoven,* NVwZ 2006, 516 (519 ff.).

596 Siehe *Reidt,* DVBl. 2009, 274 (276).

597 Dafürhaltend *Reidt,* DVBl. 2009, 274 (281).

598 Vgl. 2. Kapitel, A., IV., 1., a).

599 SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der durch Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 geänderten Fassung (BGBl. I, S. 2542).

der Vorhaben entsprechend ihrer Verfestigung zueinander,[600] gilt dieses mit Blick auf die in den §§ 3 ff. SeeAnlV n.F. geschaffenen Instrumente zur Beschleunigung des Ausbaus der Windkraftnutzung zur See erst recht. Hieran ändert auch nichts, dass in der Regel ein enger zeitlicher, räumlicher und funktionaler Zusammenhang gegeben sein wird, der eine einheitliche Entscheidung im Sinne des § 78 I VwVfG erfordert,[601] da hierdurch nur eine verfahrensrechtliche Wirkung, nicht aber eine Änderung der zwingenden tatbestandlichen Voraussetzungen der insoweit[602] weiterhin getrennt zu behandelnden Vorhaben bewirkt wird.[603] Im Ergebnis hat sich somit eine Bevorzugung insbesondere daran zu orientieren, für welches Vorhaben als erstes ein Ersuchen oder ein Antrag im Sinne des § 3 Abs. 1 und 3 SeeAnlV anzunehmen ist.

Ganz ähnlich hat das BSH schon bisher, wegen des dem Antrag nach § 5 Abs. 1 SeeAnlV a.F. regelmäßig nachgelagerten Erkenntnisgewinns im Rahmen der noch durchzuführenden Umweltverträglichkeitsstudie,[604] neben den genehmigten und errichteten Vorhaben nur die bereits planungsrechtlich verfestigten Projekte, das heißt solche, für die ein Antrag nebst Umweltverträglichkeitsstudie vorliegt, in seine Beurteilung einbezogen[605] – eine Einschränkung, die sachgerecht erscheint, da hinsichtlich der in einem früheren Stadium befindlichen Vorhaben die von diesen ausgehenden Beeinträchtigungen und daher auch kumulative Wirkungen noch nicht absehbar sein können.

Eine solche Unbeachtlichkeit von noch nicht konkret bestimmbaren Vorhaben vereinfacht die der Genehmigungsbehörde gestellte Aufgabe erheblich. Das verbleibende Potenzial eines Zusammenwirkens mit anderen Nutzungen ist jedoch mit Blick auf die vielfältige Nutzung des Meeresbereichs nicht zu unterschätzen.

b) Die Erhaltungsziele als Prüfungsgegenstand

In grundsätzlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass, je schlechter der Erhaltungszustand der Arten und Lebensraumtypen allgemein ist, desto schwieriger wird sich das Ausbleiben jeglicher nachteiliger Auswirkungen auf die zwangsläufig vergleichsweise streng zu formulierenden Soll-Ziele darstellen lassen. Zieht man ins Kalkül, dass der Erhaltungszustand der Arten und Lebensraumtypen derzeit

[600] Vgl. Genehmigung des BSH v. 20.12.2007, Offshore-Windpark „EnBW He dreiht“, S. 25 und 31.
[601] Siehe BVerwG, NVwZ 1993, 565 (566).
[602] Siehe aber auch *Dürr,* in: Knack/Henneke, VwVfG, § 78, Rn. 18.
[603] Hk-VerwR/*Wickel,* § 78 VwVfG, Rn. 12.
[604] Zum Verfahrensablauf nach altem Recht siehe insoweit näher: *Spieth/Uibeleisen,* NVwZ 2012, 321 (323).
[605] Genehmigung des BSH v. 20.12.2007, Offshore-Windpark „EnBW He dreiht“, S. 25 und 31; vgl. allgemein auch *Gellermann,* NuR 1996, 498 (552).

aufgrund der zahlreichen Nutzungen im Meeresbereich bereits belastet wird,[606] offenbart sich, dass jedenfalls derzeit von einem erhöhten Begründungsaufwand auszugehen ist.

Aus der Ermittlung des Vorliegens einer erheblichen Beeinträchtigung anhand der Auswirkungen auf die Erhaltungsziele folgt, dass die gleichwohl wertvollen wissenschaftlichen Erkenntnisse über Vorkommen von in den Anhängen genannten Arten und Lebensraumtypen im Meeresbereich allein noch keinerlei Rückschluss auf die Verträglichkeit des Offshore-Windkraftprojekts erlauben. Dieser Erkenntnis wird die allgemein aufgestellte Kritik einer Unvereinbarkeit eines Offshore-Windkraftvorhabens mit dem unionsrechtlichen Habitatschutzrecht unter Berufung auf Erkenntnisse über Vorkommen im Projektbereich mangels tiefergehender Auseinandersetzung mit den Erhaltungszielen nicht gerecht.[607]

Die Tragweite dieses unsauberen Ansatzes wird deutlich, wenn man bedenkt, dass die Anknüpfung an die Erhaltungsziele darin gründet, dass es im Kern um die Erhaltung und Wiederherstellung der in Anhang I und II FFH-RL genannten Lebensraumtypen und Arten geht.[608] Obwohl daher in der Sache an sich gerade nicht die Abwendung von Gefährdungen für andere Arten und Lebensraumtypen im Vordergrund steht, können diese nicht nur in Ausnahmefällen von erheblicher Relevanz sein, weil die Erhaltung oder Wiederherstellung einer Art oder eines Lebensraumtyps, wie sie in den Erhaltungszielen als Soll-Größe zu formulieren ist, regelmäßig auch eine Förderung der natürlichen Lebensbedingungen erfordern wird. Daher kann allein der Zugriff auf andere Arten oder Lebensraumtypen eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele bewirken, soweit diese das Substrat für die angestrebte Erhaltung oder Wiederherstellung bilden.[609]

Als Beispiel kann auf die im Zusammenhang mit der Genehmigung von Offshore-Windparks stets umfangreich erörterten Auswirkungen auf das Makrozoobenthos verwiesen werden.[610] Als Makrozoobenthos werden alle am und im Boden lebenden wirbellosen Organismen ab ca. 1 mm Größe bezeichnet.[611] Die Anknüpfungspunkte des Makrozoobenthos zum europäischen Habitatschutzrecht sind indirekter Natur, da gewisse Arten des Makrozoobenthos zum einen lebensraumcharakterisierende Arten u.a. der Lebensraumtypen Sandbänke, Watt und

---

606 Dazu, dass gerade die Meeressäuger und Seetaucher unter erheblichen Vorbelastungen zu leiden haben, siehe beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Delta Nordsee 2", S. 49 und 54.

607 So aber die Pressemitteilung des *NABU* v. 7.5.2003 sowie auch bereits die in der Einleitung dargestellte Kritik an der Genehmigung des Offshore-Windparks „Butendiek".

608 Deutlich *Jarass,* NuR 2007, 371 (373) unter Bezugnahme auf BVerwGE 116, 254 (264).

609 So wohl auch, jedoch mit strengerer Akzentuierung, *Jarass,* NuR 2007, 371 (373).

610 Vgl. exemplarisch die Genehmigung des BSH v. 5.7.5006, Offshore-Windpark „EnBW Hohe See", S. 48 ff.

611 Siehe die Beschreibung des Gebiets "Borkum Riffgrund" unter http://www.bfn.de/0314_borkum-riffgrund.html (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

Riffe darstellen,[612] zum anderen als Nahrungsgrundlage für Vögel dienen können.[613]

Weiter ist zu bedenken, dass bei der Festlegung der Erhaltungsziele die naturfachliche Wertigkeit des Gebiets zu berücksichtigen ist, die zu der Aufnahme in das Natura-2000-Netzwerk führte, und daher nicht zwangsläufig mit der Beherbergung der in den Anhängen I und II genannten Lebensraumtypen oder Arten auch ein darauf gerichtetes Erhaltungsziel bestehen wird.[614] Daraus folgt, dass weder die Existenz von in den Anhängen I und II genannten Lebensraumtypen oder Arten in dem betroffenen Gebiet noch deren Betroffenheit zwingend zu einer Prüfpflicht oder einer Unverträglichkeit führen.

Wie wenig zielführend eine Beurteilung allein anhand des Vorkommens einer Art oder eines Lebensraumtyps der Anhänge ist, verdeutlicht schließlich die Überlegung, dass man anderenfalls auch die Wiederherstellung oder -ansiedlung all der Lebensraumtypen oder Arten zu berücksichtigen hätte, die derzeit in dem Gebiet gar nicht vorkommen.[615]

Jede sachgerechte Argumentation hinsichtlich der habitatschutzrechtlichen Zulässigkeit eines Offshore-Windparks muss daher über den Befund der Beherbergung eines Lebensraumtyps oder einer Art der Anhänge I und II der FFH-RL hinausgehen und auf etwaige Auswirkungen der Erhaltungsziele gerichtet sein.

Führt die Anknüpfung an die Erhaltungsziele zugleich die besondere Relevanz hinreichender gebietsspezifischer und am Schutzbedarf ausgerichteter Festlegungen anschaulich vor Augen, fragt sich, wie die in Art. 4 Abs. 5 FFH-RL angeordnete Prüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL bei einer Genehmigung vor Unterschutzstellung des Gebiets an den Erhaltungszielen ausgerichtet werden soll – eine Situation, wie sie auch weiterhin bei der Genehmigung von Offshore-Windkraftanlagen, die Auswirkungen auf die im Bereich der AWZ gelegenen Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung haben können, anzutreffen ist. Mangels anderer sachgerecht erscheinender Möglichkeit wird sich allgemein damit beholfen, von den mutmaßlichen Erhaltungszielen auszugehen, die insbesondere auf der Basis der Meldedaten zu ermitteln sind.[616] Dieses ändert gleichwohl nichts an der Notwendigkeit einer raschen Festsetzung der Erhaltungsziele, um Rechts-

---

612 Siehe das unter www.blmp-online.de/Seiten/Monitoringhandbuch.htm abrufbare „Monitoring-Kennblatt Makrozoobenthos" sowie die Beschreibung des Gebiets „Borkum Riffgrund" unter http://www.bfn.de/0314_borkum-riffgrund.html (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

613 Zu diesem Zusammenspiel siehe die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate", S. 86.

614 *Jarass,* NuR 2007, 371 (373 f.); *Bickenbach,* LKRZ 2008, 246 (249).

615 Zu beachten ist jedoch, dass selbst dann, wenn zwar der gegenwärtige Zustand nicht in Mitleidenschaft gezogen wird, jedoch ein Erhaltungsziel zur Verbesserung des Gebietsbestandteiles berührt wird, eine erhebliche Beeinträchtigung anzunehmen ist, *Gellermann,* NuR 2004, 769 (771).

616 BVerwGE 128, 1 (Rn. 75); *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (69); *Füßer,* ZUR 2005, 458 (461); *Jarass,* NuR 2007, 371 (374).

unsicherheit zu beseitigen und einerseits den zugedachten Schutz, der eben nicht allein an den gemeldeten Arten oder Lebensraumtypen ansetzt, sachgerecht zu gewährleisten sowie andererseits überschießenden Tendenzen zu begegnen.

Die praktische Handhabung des behelfsartigen Vorgehens lässt sich am Beispiel der Genehmigung zum Windpark „Veja Mate"[617] veranschaulichen. Dort wurde eine „Prüfung analog Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. analog § 34 Abs. 1 BNatSchG" für marine Säuger durchgeführt.[618] In Rede stand hierbei eine erhebliche Beeinträchtigung der Gebiete „Sylter Außenriff" und „Borkum Riffgrund", die im Jahr 2007 in die Gemeinschaftsliste aufgenommen wurden. Der die Verträglichkeitsprüfung anordnende § 34 Abs. 1 des BNatSchG aus dem Jahr 2002 bezog sich seinerzeit auch bereits auf Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung[619], so dass eine nationale Regelung für die Zeitspanne, in welcher das Gebiet gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL schon den Sicherungen des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL unterliegt, aber noch nicht unter Schutz gestellt ist, bereitgehalten wurde. Die benannte analoge Anwendung bezieht sich folglich auf die Tatsache, dass die Gebietsausweisung noch nicht erfolgt war. Hierbei wurde dann auf die vom BfN bereitgestellten vorläufigen Erhaltungsziele[620] zurückgegriffen.[621] Dieses Zusammenspiel der Behörden ermöglichte der Genehmigungsbehörde daher, eigenständige, fachlich schwierige Beurteilungen zu vermeiden.

Dass diese Schutzgewährung zu einer Zeit, in der noch keine festgelegten Erhaltungsziele bestehen, zugleich saubere Ansätze erschwert, zeigen die textlichen Fassungen der Vorbescheide zu den beiden Vorhaben im niedersächsischen Küstenmeer. Dort wurde zwar grundsätzlich davon ausgegangen, dass man nur bei bereits im Rahmen der Unterschutzstellung konkretisierten Erhaltungszielen diese heranzuziehen habe, im Übrigen jedoch auf die Begriffsbestimmung in § 10 Abs. 1 Nr. 9 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[622] abstellen könne.[623] Auch hinsichtlich des Vogelschutzgebiets im Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer" erfolgte keine Heranziehung der dem Anhang des Gesetzentwurfs zu entnehmenden Prioritätensetzungen.[624] Gleichwohl lassen die Ausführungen in den Bescheiden erkennen, dass man sich zumindest mit den

617 Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate".
618 Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate", S. 81.
619 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193. Siehe auch § 10 Abs. 1 Nr. 5 dieses Gesetzes sowie Art. 4 Abs. 2 FFH-RL.
620 Abrufbar unter http://www.bfn.de/0314_nordsee_meeresschutzgebiete.html (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).
621 Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate", S. 82.
622 BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.
623 Siehe Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat" v. 29.9.2010, Az. 09-135-01, S. 95; dass., Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe" v. 31.10.2008, Az. 07-198-01, S. 80.
624 Vgl. Nds. LT-Drs. 14/1900, S. 56.

Auswirkungen auf die nach den Meldedaten relevanten Bestände auseinandergesetzt hat.[625]

Diese Ausführungen führen geradezu beispielhaft vor Augen, dass mit der fortschreitenden Umsetzung der Verpflichtungen aus der Richtlinie keine Hindernisse geschaffen, sondern dem Vorhaben potenziell entgegenstehende Schwierigkeiten ausgeräumt werden. Denn ohne die überfälligen Meldungen musste sich erst einmal damit auseinandergesetzt werden, welche Arten und Lebensraumtypen überhaupt in den als ökologisch bedeutsam und meldewürdig ins Feld geführten Gebieten vorkommen[626], um zusätzliche komplizierte Fragestellungen über gleichwohl bestehende Schutzwirkungen in Bezug auf diese Flächen einordnen und gegebenenfalls lösen zu können. Durch die Möglichkeit der Generierung der Erhaltungsziele aus den Meldebögen sind derartige Anstrengungen zumindest bei Fehlen anderweitiger Anhaltspunkte entbehrlich geworden, da grundsätzlich nur die dort genannten Arten und Lebensraumtypen als Grundlage für die Bestimmung der Erhaltungsziele heranzuziehen sind.[627] Umgekehrt zeigt diese Erkenntnis, wie wichtig gerade bereits bei der Meldung eine ordnungsgemäße naturfachliche Analyse des Gebiets ist, da eine Anknüpfungsmöglichkeit nur dann anerkannt werden kann, wenn die Meldebögen selbst den Anspruch auf Vollständigkeit erheben dürfen.[628]

3. Änderungen der Erhaltungsziele

Veränderungen, die einer Genehmigungsfähigkeit des Offshore-Windkraftvorhabens sowohl abträglich als auch zuträglich sein können, kommen aufgrund der Kopplung der Verträglichkeitsprüfung an die Erhaltungsziele auch durch eine Anpassung der Unterschutzstellung in Betracht. Neben einer Überarbeitung der mitzugebenden Verbote, die unmittelbar zu einer Aufnahme bzw. Streichung eines entsprechenden Verbots führen kann, ist insbesondere eine neue Schwerpunktsetzung der Erhaltungsziele denkbar, die gleichsam zu Maßstabsverschiebungen bei der Beurteilung des Vorliegens einer erheblichen Beeinträchtigung führt. Daher ist zu fragen, ob solche Anpassungen gestattet oder sogar dauerhaft gefordert sind.

Diesem Aspekt wurde sich unter dem Eindruck der erheblichen Auslegungs- und Umsetzungsschwierigkeiten in Literatur und Rechtsprechung bislang nicht

---

[625] Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 29.9.2010, Az. 09-135-01, S. 95 ff.; dass., Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 31.10.2008, Az. 07-198-01, S. 80 ff.

[626] Beispielhaft sei auf die Ausführungen zu einem Vorkommen der Lebensraumtypen Sandbank und Riffe in der Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek“, S. 37 hingewiesen.

[627] BVerwGE 128, 1 (Rn. 77).

[628] In diese Richtung *Günes/Fisahn,* EurUP 2007, 220 (225).

näher zugewandt.[629] Für eine dauerhafte Verpflichtung spricht die in Art. 11 FFH-RL niedergelegte Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer allgemeinen Überwachung des Erhaltungszustandes der Arten und Lebensraumtypen von gemeinschaftlicher Bedeutung. Dieser dient nicht nur der Vorbereitung der Erfüllung der Verpflichtung aus Art. 17 Abs. 1 S. 2 FFH-RL zur Übermittlung der wichtigsten Ergebnisse, sondern fördert durch seinen weitergehenden Pflichtenkanon u.a. auch einen fortschreitenden Erkenntnisgewinn über den Erhaltungszustand des geschützten Gebiets und der beherbergten Arten und Lebensraumtypen der Anhänge I und II der FFH-RL. Versteht sich daher eigentlich von selbst, dass derartige Ergebnisse nicht sehenden Auges ignoriert werden dürfen, hinge, ohne nachfolgende Berücksichtigungspflichten, die Überwachungspflicht des Art. 11 FFH-RL, zumindest jenseits der Berichtspflicht nach Art. 17 Abs. 1 S. 2 FFH-RL hinsichtlich bestehender Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung, weitgehend sinnlos in der Luft. Die FFH-RL bezweckt jedoch nicht die Erforschung des europäischen Naturerbes als Selbstzweck, sondern einen effektiven Flächenschutz, für den – entsprechende Erkenntnisse vorausgesetzt – die Anpassung der Unterschutzstellungen unabdingbar ist. Auch erlaubt es dieses kontinuierliche Vorgehen, sich dem in Art. 2 Abs. 1 FFH-RL formulierten hehren Ziel anzunähern und zugleich die Rechtsprechung des EuGH, der eine dauerhafte und verbindliche Schutzgebietsausweisung fordert,[630] mit gleichgerichteter Zwecksetzung zu ergänzen.

Entsprechende Überlegungen gelten auch hinsichtlich der Schutzgebietserklärungen nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 und Abs. 2 VRL.

4. Beeinträchtigung eines Gebiets als solches

In einer neueren Entscheidung hat der EuGH[631] weitergehend auch eine unmissverständliche Einordnung der Regelung in Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL in das System der Verträglichkeitsprüfung vorgenommen und klargestellt, wann ein Gebiet im Sinne dieser Vorschrift als solches beeinträchtigt wird.

Das bereits auf den ersten Blick erörterungsbedürftige Verhältnis von Art. 6 Abs. 3 S. 1 und S. 2 FFH-RL wurde bislang in der Literatur höchst unterschiedlich interpretiert.[632] Einigkeit bestand weitgehend jedoch darin, dass die Feststellung der Beeinträchtigung eines Erhaltungsziels nicht zwingend die Unverträglichkeit

[629] I.E. offenbar für eine Anpassungspflicht ohne nähere Begründung *Niederstadt,* NuR 1998, 515 (526).

[630] Siehe 2. Kapitel, A., IV., 1., a).

[631] EuGH, ZUR 2013, 483 ff.

[632] Siehe *Gellermann,* Natura 2000, S. 85 und *Füßer,* ZUR 2005, 458 (462) jeweils m.w.N. Zum Diskussionsstand im nationalen Recht auch *Gellermann,* in: ders./Stoll/Czybulka, Handbuch des Meeresnaturschutzrechts, § 3 C. III. 3. c. bb.

zur Folge hat.[633] Streit bestand alleine hinsichtlich der inhaltlichen Aufladung dieses Prüfungsschritts.[634]

Diesen grundsätzlichen Ansatz legt auch der Gerichtshof seinen Ausführungen zugrunde. Nach seinen Überlegungen ist der Feststellung einer erheblichen Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL ein zweiter Schritt nachgelagert, in dem die Bewahrung oder Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustands des Schutzgebiets zu untersuchen ist.[635]

Die Tragweite dieser Aussage ist mit Blick auf den Ruf des Habitatschutzrechts als Hemmschuh kaum zu überschätzen. Denn anders, als der besondere Fokus auf eine mögliche Beeinträchtigung eines Erhaltungsziels und die hiermit verbundenen, vorstehend geschilderten Schwierigkeiten vermuten lassen, ist mit der Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung ein Projekt keineswegs zwingend als unverträglich zu bewerten. Vielmehr kann das Vorhaben gleichwohl noch zugelassen werden, soweit das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird.

Daher ist festzuhalten, dass die Sorge vor Auswirkungen der hier thematisierten Offshore-Windparks auf die Erhaltungsziele nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass, soweit sich derartige Effekte bei den Großvorhaben im barrierefreien Meeresbereich doch ergeben sollten, das Projekt damit noch nicht als unverträglich einzuordnen ist. Stattdessen ist ein weiterer Prüfungspunkt zu berücksichtigen, dessen Existenz im Zusammenhang mit der Genehmigungstätigkeit von Offshore-Windparks im Untersuchungsbereich bislang völlig verborgen blieb, da eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL stets verneint wurde.

Der damit gegenüber dem Begriff der erheblichen Beeinträchtigung nicht minder ins Zentrum der Aufmerksamkeit gehörende Begriff der Beeinträchtigung des Gebiets als solches ist nach Ansicht des EuGH inhaltlich wie folgt zu verstehen:

Die Beeinträchtigung eines Gebiets als solches ist dann zu verneinen, wenn die mit den durch die Gebietsaufnahme geschützten Vorkommen an Lebensraumtypen im Zusammenhang stehenden „grundlegenden Eigenschaften" dauerhaft erhalten werden. Die Frage, ob dieser Anspruch im Einzelfall gewahrt ist, ist hierbei mit Blick auf Lebensraumtypen am Maßstab der Definition des Art. 1 lit. e) FFH-RL zu beantworten.[636]

Obwohl der EuGH, bedingt durch den Vorlagegegenstand, hierauf nicht näher eingeht, ist dieser Ansatz auf Arten, deren Schutz die Aufnahme des Gebiets in die Gemeinschaftsliste bezweckt, zu übertragen. Auch insofern verbietet sich also jedes Projekt, das den grundlegenden Gebietszustand derart

[633] *Gellermann,* ZUR 2005, 581 (583) m.w.N.; anders *Beier,* DVBl. 2013, 1497 (1500).
[634] Zu Einzelheiten siehe *Gellermann,* Natura 2000, S. 85 ff.
[635] EuGH, ZUR 2013, 483 (487).
[636] EuGH, ZUR 2013, 483 (487).

verändert, dass der günstige Erhaltungszustand der Arten, wie er in Art. 1 lit. i) FFH-RL niedergelegt ist, berührt wird.

Dieser Ansatz des EuGH überzeugt. Es ist unmittelbar einleuchtend, dass der EuGH die Anforderungen daran ausrichtet, worum es in der Sache bei den Schutzgewährleistungen eigentlich geht: einen Flächenschutz durch Erhaltung eines günstigen Gebietszustands. Da der hierbei anzulegende Standard letztlich allein der Richtlinie selbst zu entnehmen ist, ist die durch den EuGH gesehene inhaltliche Ausformung letztlich zugleich die einzige sachlich begründbare Interpretation auf der Grundlage des geltenden Richtlinienrechts. Die Zielsetzung der Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes in Art. 2 Abs. 2 FFH-RL steht nämlich mit der Ermittlung einer Gebietsbeeinträchtigung in untrennbarem Zusammenhang, da eine hiermit zu vereinbarende Einbuße der Wertigkeit der unerlässlichen Gebietsbestandteile zwangsläufig nicht vorstellbar ist.[637]

Allerdings fragt sich gleichwohl, welcher tiefere Sinn diesem Prüfschritt beizumessen ist. Denn insofern wird sich ein solcher Verlust der naturfachlichen Wertigkeit bei sachgerecht gefassten Erhaltungszielen regelmäßig aufdrängen, wenn diese, wie hier, betroffen sind. Umgekehrt gewendet, könnte man ebenso die strengen Maßstäbe in Bezug auf den Begriff der erheblichen Beeinträchtigung in Frage gestellt sehen.[638]

Die Antwort ist in der Perspektive des jeweiligen Prüfschritts zu finden. Während die Untersuchung eines Konflikts mit den Erhaltungszielen mögliche Beeinträchtigungen durch das Projekt aufdecken soll, geht es nun um die Einordnung der Auswirkungen auf das Gebiet selbst. Hierbei ist es, wie auch durch den EuGH vorausgesetzt, bei weniger gravierenden Eingriffen durchaus vorstellbar, dass zwar Erhaltungsziele berührt werden, das Gebiet sich gegenüber derartigen Auswirkungen jedoch als robust erweist und die naturfachliche Wertigkeit unberührt bleibt.

Entsprechend ist es auch wenig überraschend, dass der EuGH eine Beeinträchtigung des Gebiets als solches bejaht, wenn der Eingriff zur sicheren Zerstörung eines von dem Gebiet geschützten Bestandteils führt. Dieses war auch bisher schon anerkannt, da selbst weniger strenge Ansichten bei gravierenden Auswirkungen auf das Gebiet eine Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL bejahten.[639] Jenseits dieses dem EuGH vorgelegten, vergleichsweise eindeutigen, Sachverhalts interessiert aber vor allem, wann in Grenzfällen schon eine Beeinträchtigung des Gebiets als Ganzes angenommen werden kann.

Denn auch wenn der Gerichtshof Klarheit geschaffen hat, dass diese Frage jeweils gesondert unter Einbeziehung der Definitionen in Art. 1 lit. e) und i) FFH-RL danach zu beantworten ist, ob die ökologischen Merkmale dauerhaft

[637] Siehe frühzeitig bereits *Gellermann,* NuR 2004, 769 (772 f.).
[638] So *Beier,* DVBl. 2013, 1497 (1500).
[639] Siehe *Füßer,* ZUR 2005, 458 (462) m.w.N.

erhalten bleiben, wird sich stets die Frage stellen, ob dieser Anspruch gewahrt ist. Zu denken ist beispielsweise an mittelbare Auswirkungen auf ökologische Merkmale eines Gebiets oder an Besonderheiten der geschützten Gebietsbestandteile.

Zur Ermittlung der damit anvisierten abstrakten Kriterien zur näheren Ausgestaltung des Kriteriums der dauerhaften Erhaltung der grundlegenden ökologischen Eigenschaften ist an andere Überlegungen des Gerichtshofs anzuknüpfen.[640] Der EuGH geht davon aus, dass das Verneinen einer Gebietsbeeinträchtigung voraussetzt, dass auch keine Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorgerufen werden.[641] Das damit zum Ausdruck gebrachte Verständnis eines Gleichaufs des materiellen Schutzstandards von Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 FFH-RL ist trotz der Aufgliederung in verschiedene Absätze und der spezielleren Natur der Verträglichkeitsprüfung dadurch zu begründen, dass der tiefere Sinn der Verträglichkeitsprüfung allein darin besteht, für Projekte (und Pläne) anders als für sonstige Vorgänge eine Vorabkontrolle zu etablieren, nicht jedoch, sieht man von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, der Verhältnismäßigkeitserwägungen geschuldet ist,[642] einmal ab, ein unterschiedliches Schutzniveau.[643]

Gemessen an diesem Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu entnehmenden und in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL hineinzulesenden Maßstab, ist daher zu beachten, dass dieser zunächst einmal jegliche Verschlechterungen der natürlichen Lebensräume und Habitate der Arten verbietet. Dieses ist so zu verstehen, dass das Gebiet in einem Zustand erhalten bleiben muss, dass Nachteile gegenüber der Wertigkeit bei Eintragung in die Gemeinschaftsliste für die Lebensraumtypen und Lebensräume der Arten, zu deren Erhaltung und Wiederherstellung die Gebiete ausgewiesen wurden, ausgeschlossen sind.[644] Im Ergebnis sind daher Verschlechterungen der naturschutzfachlichen Qualität der maßgeblichen Lebensräume und Habitate der Arten stets als relevante Beeinträchtigung zu bewerten.

Legt man diesen Maßstab an die Kriterien des EuGH an, ist nicht in Abrede zu stellen, dass nicht einmal jeder direkte Flächenverlust eines Schutzgebiets zwingend als Beeinträchtigung des Gebiets als solches begriffen werden muss, soweit Flächen betroffen sind, die keine Habitate der Arten oder Lebensraumtypen betreffen, für die die Unterschutzstellung erfolgte.[645]

---

[640] So frühzeitig bereits *Gellermann,* NuR 2004, 769 (772) und *ders.,* ZUR 2005, 581 (583).

[641] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 36 – Muschelfischer. Frühzeitig eine Verknüpfung zwischen den Schutzregelungen herstellend auch schon *Halama,* NVwZ 2001, 506 (511); *Gellermann/Schreiber,* NuR 2003, 205 (209).

[642] *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (276).

[643] Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 55.

[644] *Erbguth/Schubert,* DVBl. 2006, 591 (596); *Gellermann,* NVwZ 2001, 500 (504).

[645] Die grundsätzliche Möglichkeit zulässiger Flächenverluste erkennt auch die Kommission an (*Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 36), eine weitergehende Interpretation lässt das dort genannte Beispiel indes nicht zu.

Ob auch in den geschützten Gebietsbestandteilen liegende Besonderheiten dazu führen, dass das Vorliegen einer Verschlechterung und damit auch eine Gebietsbeeinträchtigung als solches zu verneinen ist, kann dagegen im Einzelfall deutlich schwieriger zu beantworten sein. Allgemein ist dieses z.B. im Fall einer Standortdynamik einer geschützten Art nur dann zu bejahen, wenn man davon ausgehen kann, dass aufgrund dieser Dynamik die Flächen vormals keine geschützten Habitate dargestellt haben. Hierfür spricht, dass, abstrakt betrachtet, der Lebensraum einer derart flexiblen Art erhalten bleibt. Allerdings hat sich zugleich der konkret genutzte Lebensraum verschlechtert. Hinzu tritt, dass der Lebensraum der Art bei absoluter Sichtweise abgenommen und sich daher nachteilig entwickelt hat. Entscheidend ist letztlich, dass es gerade nicht den Mitgliedstaaten überlassen ist, die Bemessung der Schutzgebiete zu verändern.[646] Durch den Verweis auf noch den Ansprüchen der Arten genügende andere Flächen würden aber bei FFH-Gebieten die Entscheidung der Kommission und bei Vogelschutzgebieten diejenige des Mitgliedstaates über den der Art durch die Festlegung der Gebietsgrenzen zugedachten Lebensraum ausgehebelt und die Existenz dieser Habitate negiert.[647] Auch bei einer Standortdynamik der betroffenen Art ist Flächenverlust daher keiner Schwellenbetrachtung zugänglich.

Entsprechend ist erst recht jeder direkte, ausgleichslose Flächenverlust der unter Schutz gestellten Habitate der Arten oder Lebensraumtypen stets als unzulässig zu kennzeichnen.[648] Gleiches gilt aber auch dann, wenn durch ein Projekt „nur“ mittelbare Einwirkungen auf derartige Bestandteile des Schutzgebiets hervorgerufen werden[649], beispielsweise durch die Luft oder das Meerwasser als Medium.

Weitergehend sind nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL auch Störungen von Arten verboten. Obwohl Wechselwirkungen mitunter Abgrenzungen erschweren und eine gesonderte Einordnung erfordern, geht es hierbei nicht um eine auf den Lebensraum der Arten bezogene Verschlechterung, sondern um Einwirkungen auf die Lebensverhältnisse der Arten.[650]

Art. 6 Abs. 2 FFH-RL ist insofern nur darauf gerichtet, anders als das absolut geltende Verschlechterungsverbot, erhebliche Störungen der Arten zu verhindern.[651] Gerade dieses bedingt mehrere Voraussetzungen. Zunächst müssen überhaupt nachteilige Auswirkungen auf die Lebensumstände der Arten ent-

[646] Vgl. zur tendenziell strengen Rechtsprechung des EuGH zu Verkleinerungen von Schutzgebieten EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-883, Rn. 20 – Leybucht; siehe auch EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-44/95, Slg. I -3805, Rn. 37 ff.

[647] Vgl. schon 2. Kapitel, C.

[648] A.A. BVerwGE 145, 40 (Rn. 44 ff.).

[649] Ebenso *Gellermann,* NuR 2004, 769 (772 f.).

[650] *Gellermann,* Natura 2000, S. 74; *Erbguth/Schubert,* DVBl. 2006, 591 (596).

[651] *Gellermann,* Natura 2000, S. 74; a.A. *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (69), der die in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL angesprochene Erheblichkeit auch auf das Merkmal der Verschlechterung bezieht.

stehen.[652] Sind die Arten gegenüber gewissen Stressfaktoren unempfindlich, besteht eine solche Eignung zu beeinträchtigenden Folgen nicht. Außerdem muss den Störungen eine gewisse Bedeutung beizumessen sein, die von den Empfindlichkeiten der Arten abhängt.[653] Ist eine Übertragung dieses Maßstabs auf die Maßgaben des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL schon zur Verhinderung von Wertungswidersprüchen geboten, ist auch zu erkennen, dass hierbei als unerheblich gekennzeichnete Einflüsse keine Auswirkungen auf die Bewahrung oder Wiederherstellung des Erhaltungszustandes haben können, da relevante Auswirkungen der Störungen gerade zu verneinen sind.[654]

Im Ergebnis können erlaubte Störungen vorliegen, wenn davon auszugehen ist, dass Tierarten gegenüber den Einwirkungen unempfindlich sind. Auch kurzfristige Populationseinbußen unterhalb gewisser Schwellenwerte können irrelevant sein.[655]

5. Störungen und Verschlechterungen durch die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen im Meer

Nach den vorstehenden Überlegungen ist davon auszugehen, dass der Frage der Einordnung von Auswirkungen als Verschlechterung oder Störung im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL auch im Rahmen der Verträglichkeitsbewertung besondere Bedeutung zukommt. Die Qualifizierung als Verschlechterung kann im Einzelfall jedoch tiefere Überlegungen erfordern, was sich gerade am Beispiel der Errichtung und des Betriebs von Offshore-Windkraftanlagen zeigt.

Wirken sich der Lärm bei Errichtung und Betrieb, aber auch Lichtreflexe und der Schattenwurf durch die Rotoren negativ auf das Befinden der Arten aus, lässt sich dieses ohne Weiteres als Störung einordnen. Die ausschlaggebende Frage ist insoweit, ob die Belastung für die Arten bereits als erheblich zu kennzeichnen ist. Abstrakt lässt sich ein durch die Einwirkungen der Windkraftanlagen auf das Befinden der Arten hervorgerufenes weiträumiges Meideverhalten als erhebliche Beeinträchtigung kennzeichnen[656], was in der Praxis zu ausgreifenden Darstellungen über den tatsächlichen Wirkradius führt.[657] Mit dem Schließen entsprechender Kenntnislücken wird sich dieser Aufwand deutlich verringern, da

---

652 *Erbguth/Schubert,* DVBl. 2006, 591 (596).

653 *Gellermann,* Natura 2000, S. 74; *ders./Schreiber,* NuR 2003, 205 (212).

654 Eine vergleichbare Handhabung ist hinsichtlich Lebensraumtypen dagegen nicht geboten, da sich das Störungsverbot nicht auf Lebensraumtypen bezieht.

655 Siehe näher: 3. Kapitel, B., II., 9., a), (2).

656 So *Gellermann/Schreiber,* NuR 2003, 205 (212).

657 Siehe nur die Genehmigung des BSH v. 23.8.2005, Offshore-Windpark „Dan Tysk", S. 56 ff. und die Genehmigung des BSH v. 9.6.2004, Offshore-Windpark „Amrumbank West", S. 56 ff. Zu beachten ist, dass das Gebiet „Sylter Außenriff" seinerzeit gemeldet, aber noch nicht in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen war [vgl. 2. Kapitel, A., II.]. Gegebenenfalls zu beachtende Auswirkungen dieses Umstands werden im 4. Kapitel, B. angesprochen.

die Möglichkeit einer vereinfachten, gegebenenfalls auch standardisierten Betrachtung eröffnet wird.

Wesentlich schwieriger ist jedoch bereits abstrakt zu erfassen, wann genau im Zusammenhang mit Einwirkungen durch Windparks in das Schutzgebiet eine Verschlechterung einhergeht.

Die vergleichsweise engen Spielräume für standardisierte Betrachtungen können auch insoweit zunächst Anwendung finden. Entscheidende Bedeutung kann bei außerhalb der Schutzgebiete geplanten Anlagen indirekten Einwirkungen durch die Medien Luft und Wasser zukommen. Soweit diese zu einer Verschlechterung der derzeitig genutzten Habitate der Arten oder Lebensraumtypen führen, die den Grund für die Unterschutzstellung bilden, sind sie als unzulässig anzusehen und der Rückgriff auf etwaige Schwellenwerte verboten.

Eingedenk der Tatsache, dass die Verdrängung der Arten aus dem Schutzgebiet nur durch Lichteffekte und Lärm im Ergebnis zugleich dazu führen kann, dass, durch Scheuchwirkungen der Windkraftanlagen in die Schutzgebiete hinein, diese Fläche für die Arten verloren ist, kann es, beispielsweise im Hinblick auf den sensiblen Sterntaucher, auch kaum verwundern, dass der vorstehend im Zusammenhang mit unzulässigen Verschlechterungen gesehene Flächenverlust[658] festgestellt wird.[659]

Gleichwohl ist eine differenzierte und genaue Einordnung erforderlich, da nicht jeder pessimierende Einfluss auf das Gebiet als Verschlechterung einzustufen ist. Anderenfalls verbliebe für die in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL gesondert behandelten Störungen kein sinnvoller Anwendungsbereich.

Die Kommission versteht als Verschlechterung „die physische Degradation eines Lebensraums".[660] Diesem Ansatz entspricht es, dass von Verschlechterungen auch bei indirekten Einwirkungen ausgegangen wird, wenn sich hierdurch der Lebensraum selbst in seinen Bestandteilen verändert, z.B. durch das Einbringen von Stoffen, die Veränderung der für den Lebensraum charakteristischen Substanz oder eine künstliche Aufspaltung des Lebensraums.[661]

Hieran gemessen ist festzustellen, dass durch außerhalb des Schutzgebiets gelegene Windparks ebenfalls eine Einwirkung auf das Schutzgebiet erfolgen kann, durch die sich der Lebensraum im Vergleich mit seinem Zustand ohne die Anlagen als nachteilig verändert darstellt, da Schattenwurf und Lärm existieren.

Allerdings ist jedenfalls dann keine Herabsetzung des Lebensraums zu verzeichnen, wenn sich Schall- und gegebenenfalls auch weitreichende Lichteffekte verflüchtigen und diese nur erneut und stetig durch den Betrieb auf die Arten einwirken und dadurch das Befinden der Arten stören. Denn dann bewirkt im Wesentlichen die Empfindlichkeit der Arten selbst die Auswirkungen auf die

---

658 Siehe 3. Kapitel, B., II., 4.

659 Deutlich Genehmigung des BSH v. 30.12.2011, Offshore-Windpark Borkum Riffgrund 2, S. 102 f.

660 *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 27.

661 So *Gellermann/Schreiber,* NuR 2003, 205 (210).

Arten. Für solche Störungen hat der Richtliniengeber indes eine Erheblichkeitsschwelle implementiert,[662] die nicht dadurch umgangen werden darf, sämtliche Einflüsse stets auch als Verschlechterungen aufzufassen. Entsprechend sind derartige Einflüsse auf die Arten von außerhalb der Schutzgebiete positionierten Anlagen nicht als Verschlechterungen zu qualifizieren, sondern als – gegebenenfalls erhebliche – Störungen.

Andererseits ist nicht in grundsätzlich eine Verschlechterung durch Einwirkungen von Licht und Schall zu verneinen. Im Einzelfall können die in das Gebiet einwirkenden Wellen auch als körperliche Degradierung verstanden werden, nämlich dann, wenn im Umfeld stattfindende Veränderungen in das Gebiet hineinwirken und dessen Qualität selbst herabsetzen. Es kommt daher letztlich auf einen „Vorher-Nachher-Vergleich" an. Auf dessen Grundlage ist zu ermitteln, ob die Einwirkung zu einem Zustand des Lebensraums geführt hat, der gegenüber dem früheren nachteilig ist oder ob der Lebensraum selbst keiner Veränderung unterliegt und alleine stetige Einwirkungen erleidet, die die Arten „nur" belästigen.[663] Schon daher spricht viel dafür, dass eine massive Schall- und Lichtflutung, die einen Teil eines Schutzgebiets dergestalt verändert, dass es nicht mehr als Habitat genutzt werden kann, im Einzelfall auch als Abwertung im Sinne einer Verschlechterung zu verstehen sein kann.[664]

Geht es in der Sache hierbei um einen Umgebungsschutz, erscheint es hilfreich, zur Unterstützung dieser Überlegung darauf zurückzukommen, dass der maßgebliche Grund für die Einbeziehung von Auswirkungen aus der Umgebung die Überlegung war, dass es sachwidrig wäre, Auswirkungen auf das Schutzgebiet allein deshalb zu ignorieren, weil sie außerhalb des Schutzgebiets entstehen, sie aber im Schutzgebiet zu unterbinden.[665] Folglich macht es keinen Unterschied, ob die Qualität des Lebensraums durch einen Flächenverlust aufgrund von starken Licht- und Schalleinwirkungen von Anlagen im Gebiet herabgesetzt wird oder ob diese Veränderung von außerhalb bewirkt wird, so dass bei einer entsprechenden Intensitätsstufe auch im letztgenannten Fall eine Verschlechterung gegeben ist.

Praktisch relevant ist dieses Problem vor allem bei in der Nähe zu den Schutzgebieten gelegenen Vorhaben. Exemplarisch sei auf die Genehmigungen für die Windparks „Dan Tysk" und „Amrumbank West" hingewiesen, in denen gerade zu beurteilen stand, inwieweit durch Scheucheffekte eine Vertreibung des Seetauchers stattfinde.[666]

---

662 *Gellermann,* NVwZ 2001, 500 (504).

663 Vgl. allgemein *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 33 BNatSchG, Rn. 6.

664 Hiervon gehen im Umkehrschluss auch *Gellermann/Schreiber,* NuR 2003, 205 (210) aus, die eine solche Abstufung sogar dann annehmen, wenn allein die Verknüpfung mit dem Umkreis des Schutzgebiets verloren geht.

665 *Jarass,* ZUR 2000, 183 (186).

666 Genehmigung des BSH v. 23.8.2005, Offshore-Windpark „Dan Tysk", S. 56 ff.; Genehmigung des BSH v. 9.6.2004, Offshore-Windpark „Amrumbank West", S. 56 ff.; vgl. auch 3. Kapitel, D. im Hinblick darauf, dass die Genehmigungen bereits vor der Erklärung des Gebiets „Östliche

Mit Blick auf einen innerhalb der Schutzgebiete geplanten Windpark im Meer kommt es dagegen auf derartige Überlegungen nicht mehr an. Soweit durch die Errichtung der Anlagen im Schutzgebiet ohne Weiteres Flächen im Wasserkörper und in der Luft eingenommen werden, die Habitate der geschützten Arten oder maßgebliche Lebensraumtypen betreffen, ist dieses stets als Flächenverlust im engeren Sinn und damit als unzulässige Verschlechterung zu werten.

6. Prüfpflicht und widerlegbare Vermutung der Unverträglichkeit

Trotz der Erkenntnisse über den Prüfgegenstand und -maßstab beurteilt sich die Strenge der aufgestellten Anforderungen letztlich anhand der Frage, welcher Beweismaßstab hiermit verknüpft ist und welche Beweislastverteilung besteht.

Insofern legt bereits der Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL nahe, dass auch jenseits der Fälle, in denen eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele als gegeben angesehen wird, eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen und eine Unverträglichkeit des Projekts zu bejahen ist. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL verlangt nur, dass die Projekte das Schutzgebiet erheblich beeinträchtigen „könnten", aber nicht, dass eine Beeinträchtigung festgestellt wurde.

Über die hiermit zum Ausdruck kommende niedrige Prüfschwelle und strengen Anforderungen an die Feststellung einer Verträglichkeit besteht daher im Grundsatz Einigkeit.[667]

Insbesondere der EuGH hat in dieser Hinsicht aber auch konkret erkennen lassen, wann eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen und damit im Rahmen der Vorprüfung die Prüfschwelle überwunden ist. Nach dessen Ansicht setzt die Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung gem. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL „die Wahrscheinlichkeit oder Gefahr" einer erheblichen Beeinträchtigung des Gebiets voraus.[668] Dieser Hinweis muss gerade mit Blick auf deutsche Gefahr- und Wahrscheinlichkeitsbegriffe des Polizei- und Ordnungsrechts richtig verstanden werden[669], weshalb die Erläuterung des EuGH besondere Aufmerksamkeit verlangt, dass eine solche Gefahr immer dann anzunehmen ist, „wenn anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass […] das Projekt das fragliche Gebiet erheblich beeinträchtigt".[670] Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass im Zweifelsfall eine Verträglichkeitsprüfung vorzunehmen ist.[671]

Diese äußerst niedrige Schwelle kann letztlich in Anbetracht der Verwendung des Konjunktiv-II-Modus in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL, durch die selbst unwahr-

Deutsche Bucht" zum Vogelschutzgebiet erteilt wurden, sowie auch weiterführend das abschließende Beispiel zum Windpark „Butendiek".

[667] *Kremer,* ZUR 2007, 299 (300); *Steeck/Lau,* NVwZ 2008, 854 (855 f.).

[668] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 43.

[669] Siehe hierzu näher die Darstellung bei *Mann,* in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 463 ff.

[670] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 44 – Muschelfischer.

[671] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 44 – Muschelfischer.

scheinliche Auswirkungen erfasst werden, wenig überraschen. Sie überzeugt daneben jedoch auch in der Sache. Der EuGH kann nicht nur auf den Vorsorgegrundsatz, auf dem die Politik des hohen Schutzniveaus der Union im Umweltbereich gem. Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV fußt, verweisen, sondern für seine Sichtweise auch vereinnahmen, dass nur durch dieses Vorgehen Beeinträchtigungen effektiv vorgebeugt und die verfolgte Erhaltung der biologischen Vielfalt wirksam gewährleistet wird.[672] Daher ist die Überwindung der Prüfschwelle der Regelfall und deren Eingreifen als Ausnahme zu bezeichnen.[673]

Gerade die Unterscheidung zwischen Vorprüfung und eigentlicher Verträglichkeitsprüfung birgt die Gefahr in sich, falsche Anforderungen an eine Unverträglichkeit des Projekts zu stellen. Denn reicht für die Überwindung der Prüfschwelle im Rahmen der Vorprüfung die Möglichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung aus, ist zunächst naheliegend, als Ziel der tiefergehenden Auseinandersetzung im Rahmen der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung die Beantwortung der Frage anzuvisieren, ob eine erhebliche Beeinträchtigung tatsächlich vorliegt. Diese Annahme ist indes verfehlt.

Auch im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung geht es nicht um die positive Feststellung einer relevanten Beeinträchtigung, die alleine zur Unzulässigkeit einer Genehmigung führen würde. Vielmehr ist umgekehrt bereits dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL zu entnehmen, dass eine Zustimmung zu einem Projekt die vorhergehende positive Feststellung erfordert, dass das Projekt zu keiner Beeinträchtigung führt. Daher kommt es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auch bei der Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL darauf an, dass eine erhebliche Beeinträchtigung anhand objektiver Umstände ausgeschlossen werden kann.[674] Die Behörde muss hierüber Gewissheit erlangt haben; bei Unsicherheiten ist die Genehmigung zu versagen.[675] Dieses ist am Standard der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu beurteilen.[676]

Mit Blick auf den bezweckten wirksamen Flächenschutz ist dieses überzeugend. Will man die Effektivität dieses Schutzes nicht preisgeben, ist eine Fläche nicht erst dann zu schützen, wenn positiv eine erhebliche Beeinträchtigung bewiesen wurde, sondern umgekehrt zu fordern, dass eine erhebliche Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL verneint wird. Gleiches gilt im Fall einer nicht auszuschließenden Beeinträchtigung eines Erhaltungsziels hinsichtlich einer möglichen Beeinträchtigung des Gebiets als solches nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL.[677]

---

[672] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 44 – Muschelfischer.
[673] Ebenso *Steeck/Lau,* NVwZ 2008, 854 (856).
[674] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 55 i.V.m. 44 – Muschelfischer.
[675] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 56 f – Muschelfischer.
[676] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 55 – Muschelfischer.
[677] EuGH, ZUR 2013, 483 (488).

Praktisch führt dieses dazu, dass im Rahmen der Genehmigungsverfahren für Offshore-Windparks der derzeitig verfügbare Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse stets ausführlich erörtert wird, was mitunter auch schon mittels Ermittlungsanstrengungen durch die Genehmigungsbehörde selbst bewältigt wurde.[678]

Ob der geforderte Standard bei den bisherigen Genehmigungsverfahren jeweils eingehalten wurde, kann anhand der zugänglichen Unterlagen nicht abschließend beurteilt werden. Allerdings ist es zumindest in der Formulierung nicht unproblematisch, wenn trotz des Vorliegens dieser fortgeschrittenen Erkenntnisse hinsichtlich der Auslegung der Richtlinien „nur“ mit „großer Wahrscheinlichkeit“ ausgeschlossen wird, dass der Betrieb der Offshore-Windkraftanlagen nachteilige Langzeitwirkungen auf die Schweinswale zeitigt.[679]

7. Die Umsetzung in § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG

Auch das nationale Recht ist dem aufgezeigten Verständnis zugänglich. Wie bereits die Vorgängerregelungen benennt § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG als Prüfschwelle die Eignung des Projekts zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Gebiets. Auch wenn die Formulierung streng genommen eher auf die positive Feststellung einer Eignung abstellt, ist die Vorschrift vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Vorgaben so zu verstehen, dass eine solche Eignung immer schon dann vorliegt, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung nicht ausgeschlossen werden kann.[680] Die bei Überwinden dieser Prüfschwelle in § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG angeordnete Prüfung des Projekts auf die Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen bzw. nach § 34 Abs. 1 S. 2 BNatSchG mit dem Schutzzweck lässt sich sodann ebenfalls in das obige Verständnis einfügen. Der Gesetzgeber setzt hierbei jedoch die Kenntnis voraus, dass grundsätzlich jede Beeinträchtigung von Erhaltungszielen als erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL zu werten ist.

§ 34 Abs. 1 S. 2 BNatSchG betont, dass selbst bei Vorliegen eines geschützten Teiles von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG nur dann auf den Schutzzweck und die beigegebenen Vorschriften abzustellen ist, wenn die Erhaltungsziele „bereits berücksichtigt wurden“.

Hinsichtlich der Zulassungsschwelle, deren Hürde mit Blick auf die aus unionsrechtlicher Sicht geforderte Gewissheit vergleichsweise hoch anzusetzen ist, lässt sich, entsprechend der vorsichtigen Formulierung in § 34 Abs. 2 BNatSchG, immer schon dann von einer erheblichen Beeinträchtigung in dem dort genannten Sinn ausgehen, wenn eine relevante Beeinträchtigung nicht ausgeschlossen werden

---

678 Vgl. die Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, S. 52 zur Ermittlung naturwissenschaftlicher Grenzwerte im Verfahren zum Offshore-Windpark „Butendiek“ mit Blick auf ein etwaiges Schutzgebiet für Seetaucher.

679 So die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Delta Nordsee 2”, S. 86.

680 Siehe schon zur Vorgängerregelung BVerwGE 128, 1 (Rn. 40).

kann. Allerdings ist zu beachten, dass nach den obigen Ausführungen das Vorliegen einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL bei einer dauerhaften Beeinträchtigung grundlegender ökologischer Eigenschaften des Gebiets anzunehmen ist. Auch wenn dieses sehr konkrete Verständnis § 34 Abs. 2 BNatSchG zugrunde gelegt werden kann[681], wird damit streng genommen korrigierend die eigentliche Aussage des § 34 Abs. 2 BNatSchG neu ausgerichtet, der auf eine erhebliche Beeinträchtigung „des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen" abstellt und damit sowohl andere Bezugspunkte als auch einen weniger strengen Maßstab andeutet.[682]

Diese Schwierigkeiten haben auch in der Formulierung der Bescheide zu den Windkraftanlagen im Meeresbereich Niederschlag gefunden. Ob der nach der Rechtsprechung des EuGH erforderliche Standard in der Sache eingehalten wurde, kann zwar von dieser Stelle aus nicht abschließend beurteilt werden. Jedoch ist festzustellen, dass die textlichen Fassungen der Genehmigungen mitunter eine erhebliche Beeinträchtigung der Erhaltungsziele ansprechen[683] und damit, wörtlich genommen, von der vom Gesetzgeber als bekannt vorausgesetzten Ansicht des EuGH abweichen. Jedenfalls in der Tendenz hat das BSH jedoch in diesen Passagen zumindest nicht mehr in Anlehnung an eine frühe Ansicht im Schrifttum[684] auf eine „überdurchschnittliche" Beeinträchtigung abgestellt.[685]

Gleichwohl ist der Anspruch an zukünftige Genehmigungen zu stellen, in der gebotenen Weise deutlich zu machen, auf eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele als erhebliche Beeinträchtigung des Gebiets nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL abzustellen. Entsprechend ist es zu begrüßen, dass das BSH nunmehr auch in der gebotenen Deutlichkeit zumindest die Erhaltungsziele zum Maßstab erhebt.[686]

Darüber hinaus ist, anders als es der Wortlaut des § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG vermuten lässt, eine Prüfung erst vor Durchführung des Projekts, aber nach Zulassung des Vorhabens nicht zulässig. Nach der Richtlinienvorgabe in Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL setzt bereits die Zulassungsentscheidung die vorherige Bewertung voraus, dass keine Beeinträchtigung des Gebiets als solches möglich ist. § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG ist daher ebenso wie Vorläuferregelungen

---

681 Mit Blick auf den Umsetzungswillen des Gesetzgebers *Jarass,* NuR 2007, 371 (374).

682 Siehe zur Vorläuferregelung auch bereits *Wirths,* ZUR 2000, 190 (195).

683 Vgl. beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Delta Nordsee 2", S. 85 f. und 104; Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate", S. 83; zu eng auch *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 32, die eine erhebliche Beeinträchtigung nur bei einer deutlichen Funktionseinschränkung der Erhaltungsziele im Einzelfall annehmen.

684 *Schink,* GewArch 1998, 41 (45).

685 So noch die Genehmigung v. 29.11.2001 zum Offshore-Windpark Testfeld „Alpha Ventus", S. 29, wobei darauf hinzuweisen ist, dass diese Aussage sich auf ein noch nicht in die Gemeinschaftsliste aufgenommenes Gebiet bezog.

686 Siehe beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 4.4.2012, Offshore-Windpark „Nordsee One", S. 100.

dahingehend auszulegen, dass eine Prüfung bereits vor Zulassung zu erfolgen hat.[687]

In praktischer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass die erforderlichen Unterlagen, auf deren Grundlage die Behörde ihre Prüfung durchführt und ihre Bewertung trifft, gem. § 34 Abs. 1 S. 3 BNatSchG vom Projektträger vorzulegen sind.[688] Mit Blick auf die hierfür erforderlichen, vorweggehenden und umfangreichen Forschungsmaßnahmen entsteht hierdurch ein wesentlicher Kostenfaktor bei Offshore-Windkraftprojekten in einem vergleichsweise frühen Projektstadium.[689]

8. Die Praktische Relevanz des Screenings

Die praktische Relevanz der überschlägigen Vorprüfung lässt sich anhand der Genehmigungen des BSH für die Windparks „Veja Mate" und „Bard Offshore 1" veranschaulichen. Im Zusammenhang mit der Bewertung von Auswirkungen auf die Benthoslebensgemeinschaften verneinte das BSH mit Blick auf die Entfernung die Erforderlichkeit einer diesbezüglichen Verträglichkeitsprüfung mangels zu erwartender Auswirkungen auf die Lebensraumtypen der Gebiete „Sylter Außenriff" und „Borkum Riffgrund".[690] Es wurde also eine Vorprüfung durchgeführt, die Prüfschwelle jedoch nicht für überwunden befunden.

Die genehmigten Windparks gehören zu den in beträchtlicher Entfernung zu den Schutzgebieten gelegenen Vorhaben und halten zu dem Gebiet „Borkum Riffgrund" eine Entfernung von ca. 35 km, zu der Fläche „Sylter Außenriff" von ca. 55 km ein.[691]

Hinsichtlich zukünftiger Genehmigungen ist einschränkend zu bedenken, dass sich die Prüfschwelle mit einem verstärkten Ausbau der Nutzung des Meeres zur Windenergieerzeugung durchaus verschieben kann, da durch jedes weitere Projekt, das in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG angesprochene Zusammenwirken der Projekte[692] auch dazu führen kann, dass eine

---

[687] *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 34 BNatSchG, Rn. 10.

[688] Vgl. hierzu auch bereits *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 31.

[689] Die Bundesregierung geht von Kosten je Gutachten i.H.v. 50.000 bis 100.000 Euro und insgesamt 300.000 Euro für Umweltuntersuchungen aus, Entwurf einer SeeAnlV (2011), Allgemeiner Teil, Begründung IV. Nr. 3.

[690] Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate", S. 68 und Genehmigung des BSH v. 11.4.2007, Offshore-Windpark „Bard Offshore 1", S. 62. Siehe dort aber auch die in Bezug auf andere Schutzgüter durchgeführte Verträglichkeitsprüfung S. 81 ff. bzw. 73 ff. Bei letztgenannter Genehmigung waren die Gebiete gemeldet, aber noch nicht in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen (vgl. 2. Kapitel, A., II.). Die Auswirkungen dieses Umstands werden im 4. Kapitel, B. angesprochen. Das am 11.4.2007 genehmigte Projekt „Bard Offshore 1" ist zwischenzeitlich als erster kommerzieller Windpark in der deutschen AWZ in der Nordsee in Betrieb gegangen.

[691] Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate", S. 49 und Genehmigung des BSH v. 11.4.2007, Offshore-Windpark „Bard Offshore 1", S. 44.

[692] Siehe auch 3. Kapitel, B., II., 2., a).

erhebliche Beeinträchtigung selbst bei einer weiteren Entfernung jedenfalls nicht mehr ohne Weiteres ausgeschlossen werden kann. Hinzu können neue Erkenntnisse über die Fernwirkungen der Windparks treten.

Verallgemeinert kommt daher zwar für die Projekte, die einen relativ großen Abstand zu den Natura-2000-Gebieten aufweisen, in Betracht, dass den habitatschutzrechtlichen Pflichten zumindest teilweise bereits vergleichsweise einfach im Rahmen der Vorprüfung Genüge getan werden kann. Diese Aussage kann jedoch nicht zum Grundsatz dahingehend erhoben werden, dass bei diesen Projekten stets bereits die Prüfschwelle zu verneinen ist. Derartige verallgemeinerte Feststellungen über die Verträglichkeit von Projekten in gewissen Meeresräumen verbieten sich vielmehr, da die Lage der Natura-2000-Gebiete in Bezug zu dem Windkraftvorhaben im Meer nur einer von verschiedenen zu berücksichtigenden Faktoren ist. Umgekehrt wird sich ein derart einfaches Abhandeln der habitatschutzrechtlichen Prüfpflichten bei den angrenzenden oder näher zu den Schutzgebieten gelegenen Vorhaben nicht darstellen lassen.

9. Die Beurteilung der Verträglichkeit in der Praxis

Bereits in diesen Verfahren zu fernab der Schutzgebiete gelegenen Projekten wurde hinsichtlich der Meeressäuger die Prüfschwelle als überwunden angesehen und eine Verträglichkeitsprüfung durchgeführt.[693] Es kommt daher regelmäßig maßgeblich auf eine Beurteilung der Auswirkungen auf die Erhaltungsziele im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung an, welchem sich gegebenenfalls eine Einordnung der Beeinträchtigung des Gebiets als solches anschließt. Dieses betrifft umso mehr die näher[694] oder sogar angrenzend gelegenen Vorhaben.

Wie brüchig die hierbei getroffene Einschätzung sein kann, zeigt, dass im Rahmen einer Ausbaustufe des Projekts „Sandbank 24“, trotz ausführlich begründeter Verträglichkeit des Vorhabens in dem bisher genehmigten Umfang[695], dem Vernehmen nach für die Erweiterung des Projekts, unter gleichzeitiger Annahme eines Bestandsschutzes in Bezug auf das bereits genehmigte Projekt, die Bejahung einer relevanten Beeinträchtigung ernsthaft erwogen worden sein soll.[696]

[693] Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“ S. 81 ff. und Genehmigung des BSH v. 11.4.2007, Offshore-Windpark „Bard Offshore 1“, S. 73 ff. Bei letztgenannter Genehmigung waren die Gebiete gemeldet, aber noch nicht in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen (vgl. 2. Kapitel, A., II.). Die Auswirkungen dieses Umstands werden im 4. Kapitel, B. angesprochen.

[694] Vgl. die Genehmigung des BSH v. 23.8.2004 zum in ca. 12 km Entfernung vom Gebiet „Sylter Außenriff“ gelegenen Offshore-Windpark „Sandbank 24“ (siehe zur Lage S. 41 des Bescheids), für das eine Verträglichkeitsprüfung in Bezug auf Lebensraumtypen für entbehrlich gehalten wurde (siehe hierzu S. 41 der Genehmigung), zugleich jedoch die vorsorglich durchgeführte Verträglichkeitsprüfung vor Aufnahme des 2003 gemeldeten Gebiets in Bezug auf die geschützten Schweinswale ausgreifend Raum einnahm (S. 44 ff. des Genehmigungsbescheids).

[695] Genehmigung des BSH v. 23.8.2004, Offshore-Windpark „Sandbank 24“, S. 44 ff.

[696] Bericht der FAZ, v. 8.3.2011, Naturschutzamt bremst Offshore-Windstrom, S. 13; BT-Drs. 17/5638, S. 50.

Jenseits der hiermit im Zusammenhang stehenden naturwissenschaftlichen Fragen veranschaulichen Auseinandersetzungen in Literatur und Rechtsprechung ein Kernproblem: So eingängig die strenge Interpretation des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL und das entsprechende Verständnis der Umsetzungs-vorschriften in § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG auch sind, so stellen die ermittelten Anforderungen eher Obersätze dar, deren praktische Anwendung eine Vielzahl an Detailfragen aufwirft, anhand derer die erteilten Genehmigungen sich erst näher erschließen.

Das BVerwG hat in seiner Entscheidung zur „Westumfahrung Halle“[697] den auch hier geteilten Erkenntnissen des EuGH zum Begriff der erheblichen Beeinträchtigung[698] wie auch zur Prüf- und Zulassungsschwelle[699] durch Präzisierungen unter Einbeziehung des nationalen Rechts[700] schärfere Konturen verliehen, die, ebenso wie die nachfolgende Rechtsprechung, teilweise unter umgekehrten Vorzeichen, erhebliche Kritik hervorriefen.

a) Reaktions-, Belastungs- und Bagatellschwellen

Ist im Ausgangspunkt nicht bereits jede nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL ermittelte Beeinträchtigung eines Erhaltungsziels auch eine Beeinträchtigung des Gebiets als solches im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL,[701] liegt die Frage nach vernachlässigbaren Auswirkungen auf der Hand. Jenseits der Anwendung auf den Einzelfall, stellt sich insofern auch die Frage, ob das gesamte Prüfverfahren nicht bereits durch Rückgriff auf generalisierte Standards bewältigt werden kann. Angesprochen ist damit die wenig strukturiert geführte und kasuistisch geprägte Diskussion um Erheblichkeitsschwellen bzw. Reaktions- und Belastungsschwellen sowie Bagatellschwellen.

Diese hat vor dem Urteil des BVerwG zur „Westumfahrung Halle“ in der Literatur ausgreifend Raum eingenommen. Genau genommen wurden hierbei zumindest zwei voneinander zu trennende, wenngleich miteinander verknüpfte Fragen aufgeworfen: Zum einen was unter einer erheblichen Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL bzw. einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL zu verstehen ist, zum anderen, ob und wie nach naturwissenschaftlicher Kunst ermittelte standardisierte Werte die Verneinung relevanter Auswirkungen anzeigen können.[702]

---

697 BVerwGE 128, 1 (1 ff.).

698 BVerwGE 128, 1 (Rn. 40 f.).

699 BVerwGE 128, 1, (Rn. 58).

700 Zeitlich und sachlich bedingt waren auch Regelungen des Landesrechts zu berücksichtigen (siehe nur BVerwGE 128, 1 (Rn. 30 f.). Im Folgenden werden die Aussagen auf die weitgehend übernommenen Regelungen des geltenden Bundesrechts bezogen.

701 Näher 3. Kapitel, B., II., 4.

702 Siehe hierzu *Füßer,* ZUR 2005, 458 (462).

(1) Der Ansatz des BVerwG zu Reaktions- und Belastungsschwellen

Die Ausführungen des BVerwG zu Reaktions- und Belastungsschwellen indes zeigen, dass es für dieses für die praktische Handhabung reizvoll erscheinende Bestreben durchaus noch einen sinnvollen Anwendungsbereich gibt[703], ohne dass die Ausführungen und die Begründungen des BVerwG vollständig zu übernehmen sind.

Das BVerwG geht davon aus, dass die Beeinträchtigung eines Erhaltungsziels daran zu messen ist, ob der günstige Erhaltungszustand, wie er in Art. 1 lit. e) und i) FFH-RL definiert ist, gewährleistet bleibt.[704]

Dieser Ansatz überrascht. Zwar mag er gerade bei rudimentär formulierten Erhaltungszielen hilfreich sein und zum richtigen Ergebnis führen. Letztlich führt er in der Sache jedoch von dem eigentlichen Anliegen weg. Bei der Bewertung der Verträglichkeit geht es nicht um die abstrakte Bewertung des Erhaltungszustandes von Lebensraumtypen oder Arten, sondern um die Betroffenheit der formulierten Erhaltungsziele des konkret betroffenen Gebiets. Überdies war der allgemeine Zustand bereits bei der Festlegung der Erhaltungsziele zu beachten. Das erneute Abstellen auf einen günstigen Erhaltungszustand birgt daher die Gefahr in sich, die Erhaltungsziele als Prioritätenfestlegungen zu umgehen oder sich gedanklich im Kreis zu bewegen.[705] Dieses gilt schon deshalb, weil auf der hier angesprochenen abstrahierten Ebene allein maßgeblich ist, ob das Projekt den Erhaltungszielen zuwiderläuft bzw. das Gebiet als solches beeinträchtigt. Im Ergebnis entspricht die bezweckte allgemeine Einordnung also der Formulierung von Ausnahmentatbeständen für die etablierten Erhaltungsziele, was derart losgelöst in dem Gefüge der FFH-RL nicht vorgesehen ist, oder führt dazu, die Prüfung einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches zu übergehen.

Eine erneute Bewertung ist jedoch notwendig, wenn man davon ausgeht, dass nicht jede potenziell nachteilige Entwicklung zugleich eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele darstellt. Diesen Gedanken fortgesetzt, kann in diesem Fall auch das Gebiet als solches mangels Betroffenheit der Erhaltungsziele nicht beeinträchtigt sein. Erst und nur unter dieser Maßgabe ist der Ansatz des BVerwG, das an dieser Stelle eine derartige Relativierung vornimmt[706], nachvollziehbar. Entsprechend ist der Rückschluss, dass mit Rücksicht auf die spezifischen Empfindlichkeiten der Arten und Lebensräume Reaktions- und Belastungsschwellen vorstellbar sind[707], nicht grundsätzlich abzulehnen. Genau genommen

[703] Ob dieser Versuch, sich praktischen Vorzügen zu beugen, angesichts der erheblichen Verständnisschwierigkeiten tatsächlich produktiv ist, da gerade nicht mehr wie vorgesehen eine Einzelfallwürdigung vorgenommen wird und hierdurch eine verzerrte Wahrnehmung der maßgeblichen Bewertungskriterien droht, sei hier dahingestellt; vgl. allgemein auch *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 31 f.

[704] BVerwGE 128, 1 (Rn. 43).

[705] Kritisch zu diesem Ansatz auch *Gellermann,* DVBl. 2008, 283 (287).

[706] So auch die Lesart von *Bönsel/Hönig,* NuR 2007, 796 (797).

[707] BVerwGE 128, 1 (Rn. 43).

zieht man hierbei zugleich die gem. Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL vorzunehmende Einordnung der etwaigen Auswirkungen auf das Gebiet als solches vor, in dem man bereits bei der Ermittlung einer erheblichen Beeinträchtigung im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL, an den eigentlich festgelegten Erhaltungszielen vorbei, Auswirkungen auf den günstigen Erhaltungszustand verneint.[708]

Die sich anschließenden Bemühungen des BVerwG, bei denen es zwischen Lebensraumtypen und Arten unterscheidet, diesen Gedanken auf seine Tragfähigkeit zu überprüfen, bieten für das nähere Verständnis wertvolle Anhaltspunkte; nicht zuletzt für die praktische Anwendung aufgrund der angeführten Beispiele. In der Sache erscheint es jedoch sachgerechter, direkt davon auszugehen, dass bei Nichtüberschreitung derartiger Schwellen keine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele und des Gebiets als solches vorliegt, statt über den Umweg einer Beurteilung des günstigen Erhaltungszustandes dieses Ergebnis erreichen zu wollen.

Das BVerwG geht hinsichtlich der geschützten Arten und Lebensraumtypen grundsätzlich davon aus, dass diese jeweils bis zum Überschreiten bestimmter lebensraumtypischer oder artspezifischer Grenzwerte nicht in Mitleidenschaft gezogen werden. Dieses kann dahingehend übersetzt werden, dass in diesen Fällen keine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele und des Gebiets als solches erfolgen kann. Beispielhaft führt das BVerwG auf, dass einige Arten sich von gewissen Faktoren nicht stören lassen, kurzfristige Störungen in gewissen Grenzen aufgrund von Regenerationseffekten keine nachteiligen Auswirkungen zeitigen oder selbst bei Flächenverlusten gewisse Arten, die ohnehin ihren Standort wechseln, nicht zwingend Nachteile erleiden.[709] Ganz ähnlich geht das BVerwG grundsätzlich auch für Lebensraumtypen von der Möglichkeit einer Unerheblichkeit kurzfristiger Nachteile aufgrund von Regenerationseffekten aus.[710]

Das eigentliche Problem identifiziert das BVerwG sodann darin, dass für derartige standardisierte Grenzwerte zumindest derzeit noch kein hinreichend belastbarer naturwissenschaftlicher Kenntnisstand besteht, wobei die Schwierigkeiten der Ermittlung bei den Lebensraumtypen nochmals als gesteigert angesehen werden.[711]

(2) Würdigung anhand des Schutzmaßstabes

Die skizzierten Ausführungen des BVerwG sind nachvollziehbar, da grundsätzlich vorstellbar ist, für jede Art oder jeden Lebensraumtyp Schwellenwerte ermitteln zu können, unterhalb derer eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele schlichtweg ausgeschlossen werden kann.

---

708 Siehe näher oben 3. Kapitel, B., II., 4. Vgl. auch schon *Gellermann,* Natura 2000, S. 86 f. sowie jetzt EuGH, ZUR 2013, 483 (487 f.).

709 BVerwGE 128, 1 (Rn. 45).

710 BVerwGE 128, 1 (Rn. 48).

711 BVerwGE 128, 1 (Rn. 46 ff.).

So vorteilhaft dieses vereinfachte Vorgehen für die praktische Handhabung ist, ist jedoch zu beachten, dass das eigentliche Ziel, zu ermitteln, ob Nachteile für die Erhaltungsziele und das Gebiet als solches zu besorgen sind, nicht aus den Augen verloren werden darf. Zwar ist die mögliche Existenz derartiger standardisierter Grenzwerte nicht von vorneherein in Abrede zu stellen. Will man jedoch standardisierte Grenzwerte festlegen, die den Bedürfnissen des konkreten Gebiets Sorge tragen können, sind abgesehen von Einwirkungen, denen gegenüber die Lebensraumtypen und Arten augenfällig unempfindlich sind, die Schwellen naturgemäß eher äußerst niedrig anzusetzen, da nur dann denkbar ist, dass eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele und des Gebiets als solches mit Gewissheit stets ausgeschlossen werden kann. Der Nutzen derartiger Schwellenwerte wird daher die Erwartungen enttäuschen. Hinzu kommen nicht nur die vom BVerwG betonten Erkenntnislücken, sondern auch, dass ein günstiger Erhaltungszustand, wie er durch die Erhaltungsziele anzuvisieren ist, derzeit eher fernliegend ist.[712]

Daneben ist, jedoch stärker als die Äußerungen des BVerwG erkennen lassen, auch die Strenge des Schutzmaßstabs zu würdigen.

Bevor derartige Schwellen überhaupt in die Überlegungen einbezogen werden dürfen, ist zunächst der vorgeschalteten Frage nachzugehen, ob und inwieweit es diese bei sachgerechter Berücksichtigung des Schutzregimes überhaupt gibt. Die Überlegungen des BVerwG, die allerdings an dessen Kunstgriff über den günstigen Erhaltungszustand anknüpfen, gehen hierauf nicht näher ein. Sie knüpfen vielmehr an die Überlegung an, wann eine relevante Gebietsbeeinträchtigung vorliegt und dass bei Nichtüberwindung der Schwellenwerte diese Beeinträchtigung nicht gegeben ist, was die Möglichkeit des Bestehens derartiger Schwellenwerte denklogisch voraussetzt.

Die Ausblendung der zentralen Fragestellung nach dem Ausschluss einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele und des Gebiets als solches mit der Überzeugungskraft der Gewissheit birgt daher die Gefahr in sich, Auswirkungen als nicht gravierend zu bewerten, die richtigerweise jedoch als verbotene Beeinträchtigung zu qualifizieren sind. Dieses entspricht dem Befund, dass eine Ansicht in der Literatur hinsichtlich der Existenz derartiger Schwellenwerte differenziert und sie teilweise verneint.[713]

Bei der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Schwellenwerte herangezogen werden dürfen, kann auch an Überlegungen des Gerichtshofs angeknüpft werden. Insofern ist daran zu erinnern, dass das Verneinen einer Gebietsbeeinträchtigung voraussetzt, dass auch keine Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorgerufen werden.[714] Der damit zu beachtende Mindestschutzstandard des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL darf

[712] *Gellermann,* NuR 2009, 8 (11). Zu Vorbelastungen siehe beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Delta Nordsee 2", S. 49 und 54.

[713] *Gellermann/Schreiber,* NuR 2003, 205 (211 f.).

[714] Zu Einzelheiten siehe 3. Kapitel, B., II., 4.

folglich nicht durch die verengte Prüfung des Vorliegens einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele oder durch eine Übergehung der eigentlich im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL vorzunehmenden Einordnung der Auswirkungen unterlaufen werden.

Daraus folgt mit Blick auf das Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu entnehmende Verschlechterungsverbot, dass sich die Annahme einer Reaktions- oder Belastungsschwelle in Fällen derartiger Verschlechterungen verbietet.[715] Wie vorstehend bereits ermittelt wurde,[716] ist jeglicher Flächenverlust unzulässig, soweit Flächen erfasst werden, die Habitate der Arten oder Lebensraumtypen betreffen, für die die Unterschutzstellung erfolgte. Gleiches gilt auch für den Fall einer Standortdynamik der betroffenen Art oder „nur" mittelbaren Einwirkungen. Ein derartiger Flächenverlust ist daher keiner Schwellenbetrachtung zugänglich.

Die weiteren vorstehend benannten Beispiele des BVerwG lassen sich dagegen unter Rückgriff auf die Erkenntnisse zu den durch Art. 6 Abs. 2 FFH-RL ebenfalls verbotenen Störungen von Arten einordnen.[717] Bezüglich dieser geht das BVerwG davon aus, dass Tierarten unter Umständen gegenüber verschiedenen Einwirkungen unempfindlich sein können und dass selbst kurzfristige Populationseinbußen unterhalb gewisser Schwellenwerte irrelevant sein können. Dieser Ansatz stößt in der Sache auf Zustimmung, da es bei Vorliegen entsprechender naturwissenschaftlicher Erkenntnisse durchaus standardisierte Schwellenwerte geben kann, unterhalb derer eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele jedenfalls ausscheidet.

(3) Kein Rückgriff auf sog. Bagatellschwellen

Unter Berücksichtigung dieser Vorarbeiten ist sich schließlich den sog. Bagatellschwellen zuzuwenden. Die eigenständige Beurteilung ist sachgerecht, da unter die sog. Belastungs- und Reaktionsschwellen auch solche Auswirkungen zu fassen sein können, die umfangreichere Auswirkungen zeitigen, jedoch die Erhaltungsziele nicht recht berühren. Bagatellen sind also absolut unwesentliche Beeinträchtigungen.[718]

Das BVerwG zeigt sich tendenziell gegenüber der Anerkennung von Bagatellschwellen aufgeschlossen. Während es in der Entscheidung zur „Westumfahrung Halle" eine solche hinsichtlich der direkten Flächenverluste eines Lebensraumtyps, auch mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Verkleinerung von Schutzgebieten, für zweifelhaft hielt, die Frage aber letztlich offenließ,[719] hat es sich in Ergänzung zu diesen Aussagen später dahingehend eingelassen, dass der auch dem heutigen Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 EUV zu ent-

---

715 So schon *Gellermann,* NuR 2004, 769 (772).
716 Siehe näher 3. Kapitel, B., II., 4.
717 Hierzu: 3. Kapitel, B., II., 4.
718 Siehe näher BVerwGE 136, 291 (Rn. 93 ff.).
719 BVerwGE 128, 1 (Rn. 50 f.).

nehmende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch eine Berücksichtigung der praktischen Vernunft gebietet, Bagatellflächenverluste als unerheblich kennzeichnet.[720] Das BVerwG empfahl zur praktischen Umsetzung dieser Überlegung eine Ermittlung dieser Schwellenwerte anhand des Endberichts[721] „zum Teil Fachkonventionen des im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz durchgeführten Forschungsvorhabens ‚Fachinformationssystem und Fachkonventionen zur Bestimmung der Erheblichkeit im Rahmen der FFH-VP'".[722] Diese Berufung auf die Vernunft hat das BVerwG nunmehr auch für sonstige Beeinträchtigungen fruchtbar gemacht.[723]

Dieser Rechtsprechung ist zuzugeben, dass, wenn, wie beispielsweise bei der geplanten Erweiterung des Projekts „Sandbank 24", statistisch betrachtet nur sechs Vögel betroffen sein werden[724], das Scheitern eines Projekts, das einen gewichtigen Beitrag für eine regenerative und sichere Energieversorgung der Zukunft liefern soll, schwerlich überzeugend sein kann. Eine etwaige Versagung der Genehmigung aufgrund derart untergeordneter Einflüsse schürt vielmehr den Verdacht, die Interessen der Vorhabensträger unverhältnismäßig unterzugewichten.

Die vom BVerwG gewählten Parameter sind gleichwohl verfehlt. Ein solcher Kreis an Vorhaben mit geringen Auswirkungen darf nach den im Rahmen dieser Untersuchung gewonnenen Erkenntnissen, entgegen der vorstehend nachgezeichneten Rechtsprechung des BVerwG, nicht in dieser Weise auf seine Verträglichkeit hin bewertet werden, da auch trotz vernachlässigbar erscheinender Effekte an den Voraussetzungen für eine positive Verträglichkeitsbewertung festzuhalten ist, wobei erneut auch die Wertungen des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu beachten sind. Dieses entzieht derartig grundsätzlichen Relativierungen die Grundlage.[725] Überdies erscheint dieser Weg bereits deshalb höchst zweifelhaft, weil er in der Sache darauf hinausläuft, eine Beeinträchtigung deshalb zu verneinen, weil sie gerade droht. Mit anderen Worten möchte man sich also bei Lichte betrachtet die Freiheit herausnehmen, diesen Befund aufgrund eigener Wertungen und entgegen den gesetzlichen Vorgaben nicht anerkennen zu müssen.

Eine Abkehr von dieser Sichtweise ist auch aus der grundsätzlichen Perspektive des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht geboten. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit und damit auch der bemühten Vernunft ist zunächst zu

---

720 BVerwGE 130, 299 (Rn. 124).

721 Abrufbar unter http://www.bfn.de/fileadmin/MDB/images/themen/eingriffsregelung/BfN-FuE_FFH-FKV_Bericht_und_Anhang_Juni_2007.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

722 BVerwGE 130, 299 (Rn. 125); siehe aber auch BVerwGE 145, 40 (Rn. 46 f.) dazu, dass gegebenenfalls auch aktuelleren oder geeigneteren Befunden der Vorzug zu geben sein kann.

723 BVerwG, NVwZ 2010, 319 (Rn. 8).

724 Siehe den Bericht der FAZ, v. 8.3.2011, Naturschutzamt bremst Offshore-Windstrom, S. 13.

725 Ebenso *Gellermann,* NuR 2009, 8 (11). Die Diskussion kreist, vornehmlich unter dem Rückgriff auf die Frage der „Erheblichkeit" einer Beeinträchtigung, entsprechend auch um Problemstellungen, die man nach anderen Begrifflichkeiten unter dem Blickwinkel der Erheblichkeits- und Belastungsschwellen erörtert, vgl. nur *Jarass,* NuR 2007, 371 (374).

würdigen, dass Art. 6 Abs. 4 FFH-RL diesen Schwierigkeiten begegnet.[726] Mit Blick auf die gerade in dieser Hinsicht geforderte Abwägung[727] ist es vielmehr so, dass man in diesem Rahmen und nicht vorab bei der Bewertung der Auswirkungen des Projekts das Gewicht der Beeinträchtigung zu berücksichtigen hat.[728]

Der Ansatz des BVerwG entspricht daher nicht dem Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL zu entnehmenden Regel-Ausnahme-Verhältnis und ist abzulehnen.

b) Maßnahmen zur Schadensbegrenzung

Gerade im Rahmen der Genehmigung von Offshore-Windparkprojekten lassen sich schadensbegrenzende Maßnahmen gut vorstellen, da durch bauliche Veränderungen, veränderte Anlagengrößen, aber auch technische Fortentwicklungen Beeinträchtigungen vermieden, kompensiert oder zumindest verringert werden können. Von der naturwissenschaftlichen Disziplin wird beispielsweise vorgeschlagen, durch entsprechende Fundamente der Anlagen eine unnötige Zerstörung des Sediments zu vermeiden, die Anlagen wegen ihrer Gefahr für die Vogelwelt bei Massenzugereignissen oder bestimmten Wetterverhältnissen abschreckend oder zumindest gut erkennbar auszugestalten bzw. die Anlagen gegebenenfalls vorübergehend abzuschalten, durch technische Vorkehrungen der Entstehung von elektromagnetischen Feldern und Wärme vorzubeugen sowie Schallgrenzen und Maßnahmen zur Schallminimierung für den Bau der Anlagen anzuordnen.[729]

In allgemeiner Hinsicht ist mit Blick auf die Regelung in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, die u.a. auch Ausgleichsmaßnahmen anspricht, vorab klärungsbedürftig, ob Kompensations- oder Schutzmaßnahmen schon auf Ebene der Verträglichkeitsprüfung Berücksichtigung finden dürfen. Die Kommission hat diesbezüglich herausgearbeitet, dass Maßnahmen zur Schadensbegrenzung bei der Untersuchung des Vorliegens einer erheblichen Gebietsbeeinträchtigung im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung zu berücksichtigen sind, da es in dieser gerade darum gehe zu ermitteln, welche nachteiligen Auswirkungen durch das konkrete Projekt drohen. Dagegen sind Ausgleichsmaßnahmen solche Maßnahmen, die zum Ausgleich der durch ein derartiges Projekt effektiv erfolgenden nachteiligen Auswirkungen vorgenommen werden und die gegebenenfalls gem. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL erforderlich sind.[730] Unter Rückgriff auf seine bisherige Rechtsprechung

726 Vgl. *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (276).
727 *Jarass,* NuR 2007, 371 (377). Siehe im Einzelnen 3. Kapitel, B., III., 2.
728 Ebenso: *Gellermann/Schreiber,* NuR 2003, 205 (212).
729 *Merck,* NuL 2011, 437 (437 ff.).
730 *Europäische Kommission,* Natura 2000, Gebietsmanagement, S. 40; zustimmend *Jarass,* NuR 2007, 371 (375).

macht sich das BVerwG diese Sichtweise auch im Urteil zur „Westumfahrung Halle“ zu eigen.[731]

Die vom BVerwG in diesem Zusammenhang getätigten Aussagen betreffen weiterhin die ebenfalls grundsätzliche Frage, unter welchen Voraussetzungen Schutz- und Kompensationsmaßnahmen Berücksichtigung finden dürfen, die eine erhebliche Beeinträchtigung verhindern sollen. Allein tauglich sind nach Ansicht des BVerwG Maßnahmen, die erhebliche Beeinträchtigungen „nachweislich wirksam verhindern“, nicht aber solche, deren Wirkung nicht abschließend beurteilt werden kann.[732] Dieses ist, wie das BVerwG an dieser Stelle ausführt, dem Erfordernis der positiven Feststellung des Nichtvorliegens einer erheblichen Beeinträchtigung geschuldet.

(1) Die Änderung des Vorhabens sowie die Festlegung von Nebenbestimmungen

Bei neuartigen Großprojekten, wie der Errichtung und dem Betrieb eines Offshore-Windparks, ist ohne Weiteres naheliegend, dass das Projekt allein, wie im Antrag umschrieben, im Hinblick auf die strengen Anforderungen in § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG mangels belastbarer Erkenntnisse über die Auswirkungen des Projekts als nicht genehmigungsfähig anzusehen ist, es jedoch in abgewandelter Form oder durch die Beigabe entsprechender Nebenbestimmungen diese Zulassungshürde überwinden kann.

Dieses entspricht zugleich der gängigen Genehmigungspraxis bei Offshore-Windparks sowohl für den Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres als auch der AWZ, bei der den Ergebnissen der Verträglichkeitsprüfung durch Veränderungen des Genehmigungsgegenstandes oder der Beigabe entsprechender Nebenbestimmungen Rechnung getragen wird. Aufgrund der koordinierten Festsetzung entsprechender Nebenbestimmungen bei zueinander in räumlichen Bezug stehenden Windparks wird auch kumulativen Auswirkungen der verschiedenen Windparkprojekte vorgebeugt.[733]

Als schadensbegrenzende Maßnahmen sind im Ausgangspunkt vor allem Nebenbestimmungen anzusehen, die als Schutz- oder Kompensationsmaßnahmen den zu besorgenden Schaden derart ganz oder vollständig abwenden, dass im Ergebnis eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele bzw. eine Beeinträchtigung des Gebiets als solches ausgeschlossen werden kann. Beispielhaft kann eine

---

[731] BVerwGE 128, 1 (Rn. 53); so auch in Bezug auf die Genehmigung von Offshore-Windkraftanlagen schon *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 30. Zur begrifflichen Klarheit ist darauf hinzuweisen, dass derartige Maßnahmen auch von den Begriffen der Eingriffsregelung der §§ 18 ff. BNatSchG zu unterscheiden sind, jedoch Ausgleichsmaßnahmen nach § 19 Abs. 2 BNatSchG Maßnahmen der Schadensbegrenzung im hier angesprochenen Sinn darstellen können, siehe hierzu *Jarass,* NuR 2007, 371 (375).

[732] BVerwGE 128, 1 (Rn. 54).

[733] Siehe beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 20.12.2007, Offshore-Windpark „EnBW He dreiht“, S. 31 und die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Delta Nordsee 2”, S. 86.

besondere Errichtung oder Beschaffenheit der Anlage oder der Betrieb der Anlage geregelt werden. Hierfür kommen zuvörderst Auflagen, „die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen“ vorschreiben[734], in Betracht, die wie ebenfalls in Betracht zu ziehende Bedingungen zu dem eigentlichen Genehmigungsgegenstand treten und weitere Handlungs- und Unterlassungspflichten festlegen.[735]

Daneben ist in einem gewissen Sinn auch die Festlegung einer sog. Inhaltsbestimmung zur Schadensbegrenzung in Erwägung zu ziehen. Eine solche betrifft den Genehmigungsgegenstand selbst, der die Regelung umfasst und durch diese beschränkt oder verändert wird.[736] Daher handelt es sich hierbei letztlich nicht um eine Schadensbegrenzung im trennscharfen Sinn. Vielmehr wird bereits früher ansetzend der Genehmigungsgegenstand selbst dergestalt geändert, dass von diesem keine oder weniger schädigende Wirkungen ausgehen, die bei schadensbegrenzenden Maßnahmen durch die Genehmigung an sich entstünden, aber durch weitere Maßnahmen eingegrenzt oder verhindert werden. Da im Ergebnis auch durch sachgerechte Inhaltsbestimmungen nachteilige Auswirkungen verhindert werden können, kann eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele bzw. des Gebiets als solches auch auf diese Weise abgewendet werden.

Obwohl sowohl Nebenbestimmungen als auch Inhaltsbestimmungen gemein ist, dass sie auf den Genehmigungsgegenstand Wirkungen zeitigen und daher erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen[737] und folglich auch die in den Genehmigungen und Vorbescheiden der Offshore-Windparks als Nebenbestimmung gekennzeichneten Regelungen zumindest teilweise dem Verdacht ausgesetzt sind, tatsächlich eine Inhaltbestimmung zu enthalten, ist eine genaue Einordnung der einzelnen Festlegungen der Bescheide in Bezug auf die Gewährleistung des Schutzstandards somit verzichtbar, da im Ergebnis beide Festlegungen die habitatschutzrechtlichen Anforderungen gewährleisten können.

Aufgrund der Tatsache, dass sowohl gem. § 6 Abs. 1 BImSchG als auch nach § 3 S. 1 SeeAnlV a.F.[738] die Zulassungsentscheidung der Behörde als gebundene Entscheidung ausgestaltet worden ist und der Verordnungsgeber auch in § 5 Abs. 6 Nr. 3. 2. Alt. SeeAnlV n.F. durch die abwägungsfeste Vorgabe der Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften jeden Spielraum verwehrt hat,[739] ist jedoch festzustellen, dass die Festlegung derartiger Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Genehmigungsantrag nicht losgelöst von der eigentlichen Verträglichkeitsbewertung als Zulassungshürde erfolgen darf.

---

[734] Vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.

[735] *Jarass,* BImSchG, § 12, Rn. 4 f.; Brandt/Gaßner, SeeAnlV, § 4, Rn. 21 f.

[736] *Mann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 12 BImSchG, Rn. 115.

[737] Siehe die Darstellung bei *Mann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 12 BImSchG, Rn. 52 ff. und 112 ff., auch zur sog. „modifizierenden Auflage“.

[738] SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

[739] Vgl. oben 1. Kapitel, I.

Dieses ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass, obwohl die FFH-RL für die Durchführung der Verträglichkeitsprüfung „keine besondere Methode“ vorschreibt[740], es mit den einschlägigen Einlassungen des BVerwG als erforderlich anzusehen ist, den Vorgang der Verträglichkeitsprüfung in zwei Phasen zu unterteilen: die Ermittlung und Bewertung der Auswirkungen des Projekts und die eigentliche Zulassungsentscheidung.[741] Die Relevanz dieser Differenzierung liegt darin, dass die Ergebnisse der Prüfung nicht unflexibel bei der Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen sind, sondern das Vorhaben auch nach deren Maßgabe geändert werden kann.[742] Dieser von der Richtlinie eingeräumte Spielraum, den der EuGH als Ermessensspielraum bezeichnet[743], beschränkt sich jedoch nicht auf eine qualitative Veränderung des Vorhabens, sondern erfasst jede Einflussnahme auf die Modalitäten des Vorhabens.[744]

Bedingt hierbei umgekehrt der Charakter einer gebundenen Entscheidung im Bereich des Küstenmeeres und nach § 3 S. 1 SeeAnlV a.F.[745] des nationalen Rechts, dass dieses der Zulassungsbehörde derartigen Raum einräumt, werden dessen Grenzen dann überschritten, wenn sich die Prüfung auf eine andere Anlagenart oder einen anderen Standort bezieht, nicht aber allein bei Modifikationen des Vorhabens.[746] Andererseits ist ein solcher Spielraum jedenfalls dann eröffnet, wenn das nationale Anlagenzulassungsrecht die Festlegung der anvisierten Nebenstimmungen gestattet. Steht dem BSH nach der seit 2012 geltenden Rechtslage ungeachtet des Vorliegens der abwägungsfesten Belange im Rahmen der Planfeststellung nach §§ 2 ff. SeeAnlV ein Planungsermessen zu,[747] ergibt sich diese Freiheit von selbst.

(2) Besonderheiten im Bereich des Küstenmeeres

Die abschließende Rechtsgrundlage[748] für die Verbindung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit Nebenbestimmungen enthält § 12 BImSchG. § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG sieht die Festsetzung von Auflagen oder Bedingungen vor, soweit dieses zur Sicherstellung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich ist. Eine derartige Sicherstellung ist bei solchen Nebenbestimmungen, die zum Ausschluss von Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele bzw. des Gebiets als solches beigegeben werden, zu bejahen und, wenn die Behörde ohne diese Anordnung von Nebenbestimmungen die vorausgesetzte Gewissheit nicht hätte

740 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 52 – Muschelfischer.
741 BVerwGE 128, 1 (Rn. 70).
742 EuGH, Urt. v. 14.4.2005, Rs. C-441/03, Slg. I-3043, Rn. 54.
743 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 67, 70 – Muschelfischer.
744 BVerwGE 128, 1 (Rn. 70).
745 Siehe oben 1. Kapitel, I.
746 Vgl. zum Immissionsschutzrecht *Jarass,* BImSchG, § 6, Rn. 44.
747 *Spieth/Uibeleisen,* NVwZ 2012, 321 (322).
748 HessVGH, NVwZ-RR 2002, 340 (340); OVG NW, NVwZ-RR 2002, 342 (342); *Mann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 12 BImSchG, Rn. 7.

behaupten können, auch erforderlich. Die Festsetzung von Nebenbestimmungen zur Genehmigung nach § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG ist unter diesen Voraussetzungen also statthaft.

Trifft diese Überlegung für den nach dem BImSchG vorgesehenen Regelfall der Verbindung der Genehmigung mit Nebenbestimmungen zu, erfordern die im Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres erfolgte Verlagerung der Verträglichkeitsprüfung in den Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Vorbescheide nach § 9 BImSchG, die selbst mit zahlreichen Nebenbestimmungen verbunden wurden, und das Verhältnis der Vorbescheide zu den späteren Genehmigungen besondere Überlegungen, die hier jedoch auf punktuelle Hinweise zu beschränken sind.

Als Rechtsgrundlage für die Festsetzung von Nebenbestimmungen im Vorbescheid kommt allein § 36 Abs. 1 2. Alt. VwVfG[749] in Frage.[750] Anhaltspunkte dafür, dass entsprechende Festsetzungen entfallen sind oder entfallen werden, sind nicht ersichtlich. Jedoch ist die Zulässigkeit der Beigabe von Nebenbestimmungen zum Vorbescheid bereits sowohl grundsätzlich wie auch hinsichtlich einzelner Arten von Nebenbestimmungen äußerst umstritten.[751]

Ungeachtet der Positionierung zu diesen Problemfeldern lassen sich im Hinblick auf diese Unsicherheiten die grundsätzlichen Ausführungen zu schadensbegrenzenden Maßnahmen des BVerwG in seiner Entscheidung zur „Westumfahrung Halle" präzisieren. Das BVerwG bezog sich auf die Wirksamkeit der Anordnungen. Hieran lässt sich mit Blick auf § 43 Abs. 1 VwVfG ungeachtet der genauen Qualifizierung der Rechtsnatur von Nebenbestimmungen[752], gegebenenfalls gemittelt über die Hauptbestimmung, im Ergebnis auch bei einer Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung nicht streiten, so dass an sich eine wirksame schadensbegrenzende Maßnahme vorliegt.

Trotzdem ist festzuhalten, dass das Schicksal der Genehmigung damit nicht geklärt ist: Dieses Vorgehen führt zunächst, da die Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung in Frage steht, auf die grundsätzliche und komplizierte Frage zurück, inwieweit die Rechtswidrigkeit einer Nebenbestimmung auch die Hauptregelung infiziert.[753]

Jenseits dieser Fragestellung des allgemeinen Verwaltungsrechts ist zu beachten, dass die Behörde oder ein Gericht sich gehalten sehen kann, eine Beseitigung nur der in Rede stehenden Nebenbestimmung zu prüfen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, ob in den Vorbescheiden die Verträglichkeit des

---

[749] Die Anwendbarkeit des VwVfG ergibt sich, auch im Folgenden, aus § 1 Abs. 1 NVwVfG (Niedersächsisches Verwaltungsverfahrensgesetz v. 3.12.1976 [Nds. GVBl., S. 311], zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften v. 24.9.2009, Nds. GVBl., S. 361). Im Interesse der Übersichtlichkeit wird im Nachstehenden hierauf nicht gesondert hingewiesen.

[750] *Jarass,* BImSchG, § 9, Rn. 10; *Dietlein/Thiel,* Die Verwaltung, 2005 (38), 211 (240).

[751] Siehe näher *Dietlein/Thiel,* Die Verwaltung, 2005 (38), 211 (239 ff.).

[752] Einzelheiten bei: Hk-VerwR/*Störmer,* § 36 VwVfG, Rn. 38 ff.

[753] Siehe hierzu *U. Stelkens,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36, Rn. 21 ff.

Projekts nur unter Zugrundelegung der angeordneten Nebenbestimmungen bejaht wurde. Wird die Möglichkeit der Aufhebung allein einer Nebenbestimmung im Rahmen einer isolierten Anfechtung der Nebenbestimmung bejaht[754], sollte, ungeachtet diesbezüglicher Streitigkeiten und Verortungen in die Zulässigkeits- oder Begründetheitsprüfung[755], die isolierte Aufhebung einer Nebenbestimmung jedenfalls dann verwehrt sein, wenn der verbleibende Verwaltungsakt rechtswidrig wird.[756] Bei der Beurteilung, inwieweit dieses wiederum der Fall ist, muss dann unter Umständen nicht nur erörtert werden, ob nunmehr ohne die Nebenbestimmung eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des § 34 Abs. 1 oder 2 BNatSchG droht, sondern auch die Möglichkeit einer Abweichungsentscheidung nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG geprüft werden.

(3) Beispiele aufgenommener schadensbegrenzender Maßnahmen der Vorbescheide

In den Vorbescheiden zu den Windparks „Nordergründe" und „Riffgat" wurden einander weitgehend nahekommende Anordnungen festgelegt, die u.a. aus im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung gewonnenen oder dort zugrunde gelegten Erkenntnissen folgen.[757]

Insofern tritt beispielhaft der schadensbegrenzende Charakter der jeweils in Nr. 7.1 der Nebenbestimmungen zu den Vorbescheiden zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf das Makrozoobenthos angeordneten Tiefe für die Verlegung der parkinternen Kabel offen zu Tage, wenn man bedenkt, dass diese Lebensgemeinschaften lebensraumcharakterisierend sind und unter Umständen eine Nahrungsgrundlage für Vögel darstellen.[758]

Ganz ähnlich zielt Nebenbestimmung Nr. 7.2 des Vorscheids zum Windpark „Nordergründe" zum Schutz mariner Säuger direkt auf die Begrenzung nachteiliger Auswirkungen durch Vorgaben bezüglich der Arbeitsmethode und des Zeitpunkts der Rammarbeiten. Im zeitlich nachgelagerten Vorbescheid zum Offshore-Windpark „Riffgat" wurde diese Regelung um die Anordnung einer zeitlichen Koordination der Bauphasen mit anderen Windparkprojekten erweitert, um kumulative Effekte auszuschließen. Hierdurch wird der Tatsache Rechnung getragen, dass mit der fortschreitenden Genehmigungstätigkeit und dem Beginn erster Errichtungsschritte auch ein Zusammenwirken mit anderen Projekten zu

---

754 Zum Streitstand *U. Stelkens,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36, Rn. 55 f.; *Henneke,* in: Knack/ders., VwVfG, § 36, Rn. 51 ff.

755 Vgl. allgemein *Erbguth,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 18, Rn. 17.

756 BVerwGE 112, 221 (224), siehe auch *U. Stelkens,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36, Rn. 55 m.w.N. zur Rechtsprechung, der selbst unter Rn. 59 jedoch einen abweichenden Ansatz verfolgt.

757 Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat" v. 22.1.2008, Az. 06-101-01, S. 93 ff.; Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe" v. 15.11.2007, Az. 06-074-01, S. 78 ff.

758 Näher 3. Kapitel, B., II., 2.

einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele bzw. des Gebiets als solches führen könnte.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zumindest einige der von naturwissenschaftlicher Seite allgemein befürworteten Maßnahmen zur Abwendung von negativen Auswirkungen auf die Meeresumwelt[759] auch konkret Realität gefunden haben.

(4) Überwachungspflichten als Schutzmaßnahmen

Besondere Hinweise erfordert die daneben in den Vorbescheiden festgelegte Durchführung eines Monitorings entsprechend dem StUK.[760]

Ungeachtet der ohnehin strittigen Frage, ob entsprechende „Hilfspflichten“[761], die der Sicherstellung der Genehmigungsanforderungen für die Betriebsphase dienen[762], überhaupt bereits frühzeitig angeordnet werden dürfen[763], sind aus habitatschutzrechtlicher Sicht zwei Punkte hervorzuheben:

Von einer Sicherstellung, die gleichbedeutend mit der Wendung „nicht entgegenstehen“ in § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ist,[764] kann grundsätzlich gesprochen werden, wenn an der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Pflicht keine Unsicherheiten einsichtig erscheinen.[765] In Bezug auf die zur Sicherstellung des Ausschlusses einer erheblichen Beeinträchtigung im Sinne des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG festgelegten Nebenbestimmungen ist aber daran zu erinnern, dass aus der Verträglichkeitsprüfung selbst bereits ein sehr strenger Maßstab folgt, der ohnehin für Zweifel, ob erhebliche Beeinträchtigungen eines Natura-2000-Gebiets zu befürchten sind, keinen Raum lässt.

Überhaupt ist die Konfliktlage im Fall der Anordnung von Überwachungspflichten letztlich eine andere. Hätte die Behörde entsprechende Kenntnisse, würde sie die sich hieraus ergebenen Schlüsse bereits jetzt ziehen und schadensbegrenzende Maßnahmen anordnen oder die Genehmigung verweigern. Im Ergebnis läuft man daher aufgrund der Unkenntnis erst noch zu ermittelnder Tatsachen Gefahr, einen verfestigten Tatbestand zu schaffen, der die bezweckte Vorabkontrolle unterläuft, ohne den erforderlichen Schutz gewährleistet zu haben.

---

[759] Siehe 3. Kapitel, B., II., 9., b).

[760] Siehe jeweils Nebenbestimmung Nr. 7.3 des Vorbescheids gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 22.1.2008 (Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Az. 06-101-01) und des Vorbescheids gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 15.11.2007 (Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Az. 06-074-01).

[761] *Jarass,* BImSchG, § 12, Rn. 11.

[762] Die gerade auch mit dem StUK einhergehende Befriedigung grundsätzlichen Forschungsbedarfs berechtigt zu dem Hinweis, dass dieser nicht zum Gegenstand von Auflagen gemacht werden darf, da diese für die Sicherstellung der Genehmigungsvoraussetzungen nicht erforderlich sind, *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 4, Rn. 31.

[763] Siehe nur *Jarass,* BImSchG, § 26, Rn. 6; *Scheidler,* NuR 2009, 465 (469); zum aktuellen Meinungsstand und m.w.N. auch BayVGH, ZUR 2009, 336 (337 f.).

[764] *Jarass,* BImSchG, § 6, Rn. 23.

[765] *Jarass,* BImSchG, § 6, Rn. 11.

Das BVerwG hat dieses Problem erkannt und verlangt daher, dass neben der Aufnahme entsprechender Monitoringpflichten auch die Anordnung von „Hilfs“-Maßnahmen für den Fall erwartungswidriger Entwicklungen erfolgen muss, da durch die Anordnung von Monitoringmaßnahmen und einen entsprechenden Erkenntnisgewinn durch die über die Ergebnisse zu unterrichtende Behörde allein die geforderte Wirksamkeit der Maßnahme nicht gewährleistet wird.[766] Obwohl daher einerseits die Forderung nach Monitoringmaßnahmen allein im Zusammenhang mit der Verträglichkeitsbewertung der Errichtung und des Betriebs von Offshore-Windkraftanlagen nicht weit genug geht,[767] kann andererseits trotz bestehender Wissenslücken eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG aufgrund entsprechender Beobachtungspflichten bei vorsorglichen Anordnungen für den Fall negativer Entwicklungen ausgeschlossen werden.[768]

Dieses gilt jedoch nur, wenn der Ausschluss einer erheblichen Beeinträchtigung auch auf der Grundlage erfolgte, dass entsprechende Überwachungspflichten bestehen. Einen derartigen Rückschluss lassen die textlichen Fassungen der Bescheide Windparks „Nordergründe“ und „Riffgat“ nicht zu; erst recht, da die Verträglichkeitsprüfung auf verschiedenen Stellungnahmen und Unterlagen jenseits des Wortlautes der Bescheide ruht.[769]

(5) Schadensbegrenzende Maßnahmen in Genehmigungen im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee

Auch den Genehmigungen für den Bereich der AWZ wurden, zumindest auch aus habitatschutzrechtlichen Gründen, Nebenbestimmungen sowohl hinsichtlich der Bau- als auch der Betriebsphase beigefügt, wie die Genehmigung des Windparks „Veja Mate“ beispielhaft veranschaulicht.[770]

In dieser wurde der Befürchtung von Beeinträchtigungen der Schutzgebiete „Borkum Riffgrund“ und „Sylter Außenriff“ durch lärmintensive Rammarbeiten mittels der Nebenbestimmung Ziffer 14[771] Sorge getragen.[772] Sie enthält die

---

[766] BVerwGE 128, 1 (Rn. 55).

[767] So aber *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 30.

[768] Entsprechend geht es auch nicht um ein „Erfülltbleiben“ der Genehmigungsvoraussetzungen, also das tatsächliche Eintreffen der Genehmigungsvoraussetzungen, hinsichtlich dessen die Zulässigkeit der Beigabe von Nebenbestimmungen strittig ist, siehe hierzu allgemein: *U. Stelkens,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36, Rn. 122.

[769] Vgl. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 22.1.2008, Az. 06-101-01, S. 93; dass., Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 15.11.2007, Az. 06-074-01, S. 78 f. Vgl. auch 3. Kapitel, B., II., 9., b), (5) dazu, dass derartige Anordnungen auch auf andere Gesichtspunkte zurückzuführen sein können, die im Bereich des Küstenmeeres sowohl in § 6 Abs. 1 Nr. 1 als auch Nr. 2 BImSchG zu verorten sein können.

[770] Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“.

[771] Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“, S. 15.

[772] Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“, S. 83 und 128.

Vorgabe diejenige Arbeitsmethode zu verwenden, die so geräuscharm wie möglich ist und die unterhalb bestimmter Grenzwerte liegt. Weiterhin wird die Unterlassung von Sprengungen verfügt. Darüber hinaus ordnet sie die Umsetzung eines Schallschutzkonzeptes an, das auch Minimierungs- und/oder Vergrämungsmethoden umfassen kann.[773] Diese Anordnungen werden begleitet von Melde- und Dokumentationspflichten. Die Verpflichtung zur Vorlage eines Schallschutzkonzeptes wurde in Nebenbestimmung Nr. 17 integriert, die als Bedingung für die Betriebsfreigabe zu qualifizieren ist. Für die Betriebsphase wurde mit Nebenbestimmung Ziffer 4.1 Beeinträchtigungen der Schweinswale infolge von Schalleinträgen dadurch vorgebeugt, dass nur die Technologie eingesetzt werden darf, die den geringstmöglichen Schalleintrag nach sich zieht.[774] Auch für den Bereich der AWZ finden sich daher mehrere der Vermeidungs- und Minimierungsansätze der naturwissenschaftlichen Disziplin[775] wieder.

Die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit der Beigabe von Bedingungen und Auflagen zur Genehmigung von Offshore-Windkraftanlagen ergab sich bisher aus § 4 Abs. 1 S. 1 SeeAnlV a.F.[776], der zur Verhütung oder zum Ausgleich des Vorliegens eines Versagungsgrundes die Verbindung der Genehmigung mit Auflagen oder Bedingungen erlaubte. Unter Verhütung war in diesem Zusammenhang zu verstehen, dass gewährleistet werden sollte, dass ein zum Vorliegen des Versagungsgrundes gereichender Umstand nicht eintritt.[777] Mit Ausgleich war ein Vorgehen gemeint, durch das die Gefährdung unter die Schwelle eines Versagungsgrundes herabgesetzt wird.[778] Es lässt sich daher davon sprechen, dass derartige Nebenbestimmungen dazu bestimmt waren, die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen zu gewährleisten.[779] Hinsichtlich zukünftiger Planfeststellungsbeschlüsse hat der Verordnungsgeber in § 2 Abs. 3 S. 2 SeeAnlV n.F. ebenfalls die Möglichkeit der Festsetzung von Auflagen und Bedingungen, nunmehr nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 und 4 VwVfG, ausdrücklich eröffnet.

Bezüglich der konkret aufgenommenen Nebenbestimmungen kann aufgrund der Vergleichbarkeit der Melde- und Dokumentations- sowie Monitoringpflichten an die vorstehenden Ausführungen angeknüpft werden.[780] Allerdings lassen die

[773] Zum Stand von Wissenschaft und Technik bezüglich des Einsatzes sog. Blasenschleier sowie dessen Kosten vgl. BT-Drs. 17/2642, S. 4 f. sowie jetzt auch das Konzept für den Schutz der Schweinswale vor Schallbelastungen bei der Errichtung von Offshore-Windparks in der deutschen Nordsee (Schallschutzkonzept) des BfN aus dem Jahr 2013; abrufbar unter: http://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/erneuerbareenergien/Strategie_Positionspapiere/schallschutzkonzept_BMU.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

[774] Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“, S. 83.

[775] Siehe 3. Kapitel, B., II., 9., b).

[776] SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

[777] *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 4, Rn. 6.

[778] *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 4, Rn. 6.

[779] *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 4, Rn. 5.

[780] Siehe 3. Kapitel, B., II., 9., b), (4).

textlichen Fassung in dieser Hinsicht z.T. noch deutlicher erkennen, dass diese Anordnungen weniger in dem strengen habitatschutzrechtlichen Kontext ergingen, sondern gegebenenfalls bereits allgemein aufgrund der Merkmale der „Gefährdung der Meeresumwelt“[781] in § 3 S. 1 Nr. 1 2. Alt. SeeAnlV a.F.[782] bzw. der „Gefährdung des Vogelzuges“[783] in § 3 S. 2 Nr. 3 SeeAnlV a.F. Eingang in die Genehmigungen fanden. Jedenfalls aus habitatschutzrechtlicher Sicht ist daher festzustellen, dass sich die Anordnung entsprechender Monitoringmaßnahmen trotz „fehlender“, sich automatisch aktivierender Begleitanordnungen im Ergebnis ebenfalls nicht zwingend als Maßnahmen zur Steuerung und Abwendung des Risikos einer erheblichen Beeinträchtigung im Sinne des § 34 Abs. 2 BNatSchG darstellen. Gleichwohl deutet sich im Zusammenhang mit schon ex ante für wenig belastbar gehaltenen naturwissenschaftlichen Ansätzen an, dass das BSH auch die Möglichkeit späterer Anordnungen zur hilfsweisen Korrektur der getroffenen Bewertung in seine Überlegungen einbezog.[784] Soweit dieses im Einzelfall bedeuten sollte, dass die Statthaftigkeit der Ausübung dieser Befugnisse die Grundlage der Verträglichkeitsbewertung bildete, wäre dieses nicht mit der hier auf Zustimmung stoßenden Rechtsprechung des BVerwG[785] zu vereinbaren.

Ungeachtet dieser Auslegung und Bedeutung einzelner Genehmigungspassagen lässt sich aber allgemein festhalten, dass der in ständiger Genehmigungspraxis[786] festgelegte Vorbehalt weiterer Maßnahmen bei Massenzugereignissen und der Hinweis auf die Möglichkeiten des § 15 Abs. 3 SeeAnlV a.F. bzw. jetzt § 16 Abs. 3 SeeAnlV n.F. für sich genommen in habitatschutzrechtlicher Hinsicht keine Hilfestellung leistet, da der Verweis auf nachgelagerte Entscheidungen nach der Rechtsprechung des BVerwG unbehelflich ist, die erforderliche Gewissheit der Gewährleistung des Schutzstandards herbeizuführen. Gleiches gilt auch für den Vorbehalt nachträglicher Auflagen oder deren Ergänzung bzw. Änderung.[787]

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass die SeeAnlV trotz des erklärten politischen Willens eines phasenweisen Ausbaus der Windenergienutzung zur See[788] lange Zeit für gestufte Zulassungsentscheidungen keine Grundlagen bereithielt. Dieses steht zugleich im Gegensatz dazu, dass der praktische Bedarf hierfür gerade durch die Grenzen sicherer naturwissenschaftlicher Vorhersagen

[781] Insbesondere das Monitoring in Gestalt des StUK, siehe Nebenbestimmung 11 der Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“.

[782] SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

[783] Siehe die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“, Nebenbestimmung 21 sowie S. 108.

[784] Deutlich: Genehmigung des BSH v. 30.12.2011, Offshore-Windpark Borkum Riffgrund 2, S. 109.

[785] Vgl. 3. Kapitel, B., II., 9., b), (4).

[786] Siehe beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Delta Nordsee 2“, Nebenstimmung 21 (S. 14 f.).

[787] Vgl. § 2 Abs. 3 S. 2 SeeAnlV i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG.

[788] „Strategie der Bundesregierung zur Windenergienutzung auf See“, S. 7 f.

mit dem Ansteigen der Projektgröße offen zu Tage tritt. So kann der Aufbau und Betrieb einer geringen Anzahl an Offshore-Anlagen habitatschutzrechtlich unbedenklich erscheinen. Die Verträglichkeit des Aufbaus und Betriebs mehrerer hundert Anlagen ist dagegen unter Umständen derzeit nicht zu beurteilen.

Der Verordnungsgeber hat dieses Problem erkannt und im Jahr 2008 durch die Einfügung von § 5 Abs. 4 SeeAnlV a.F. die Möglichkeit der Genehmigung von Teilabschnitten gesetzlich verankert.[789] Es handelt sich hierbei um das Aufgreifen des pragmatischen Weges des BSH, das von Beginn an nur Genehmigungen für eine geringe Zahl an Anlagen erteilte.[790] Erst nach einer Pilotphase wird dann über den im Übrigen ruhenden Antrag entschieden.[791] Eine entsprechende Regelung ist heute in § 5 Abs. 2 S. 1 SeeAnlV enthalten.

c) Anforderungen an den Gegenbeweis

Ausgehend von der Erkenntnis, dass mit Gewissheit ausgeschlossen werden muss, dass erhebliche Beeinträchtigungen im Sinne des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG hervorgerufen werden, stellt sich die Frage nach der Praktikabilität dieser insbesondere von der Rechtsprechung gestellten Anforderung. Obwohl an diesem Grundsatz schon im Interesse eines effektiven Flächenschutzes festzuhalten ist, ist insoweit auch zu bedenken, dass sich das Risiko einer erheblichen Beeinträchtigung bei jedem Vorhaben letztlich nie vollständig ausschließen lassen wird. Zur praktischen Handhabung des aufgezeigten Maßstabs bedarf es daher einer Präzisierung.

Zunächst ist der Kreis relevanter Zweifel am Ausbleiben einer erheblichen Beeinträchtigung im Sinne des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG sowohl im Rahmen der Vorprüfung als auch der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung auf vernünftige Zweifel zu beschränken.[792] Diese bestehen dann nicht, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung dergestalt offensichtlich ausgeschlossen werden kann, dass verbleibende Risiken allein theoretischer Natur sind.[793]

Damit ist die Frage nach den Anforderungen an den Ausschluss einer erheblichen Beeinträchtigung aber noch nicht abschließend beantwortet. Konkret

---

789 Eingefügt durch die Verordnung v. 15.7.2008, BGBl. I, S. 1296.

790 Kritisch daher allgemein zu einem gestuften Vorgehen noch *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 5, Rn. 73 ff., soweit es an einer Zustimmung oder einem entsprechenden Antrag des Antragstellers fehlt (vgl. daher S. 43 der Genehmigung des BSH v. 9.11.2001, Offshore-Windpark Testfeld „Alpha Ventus", wonach die Regelung im Einvernehmen getroffen wurde). Zu weiteren Freigabestufen nach Genehmigungserteilung siehe *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2011, 1460 (1464 ff.).

791 Siehe Nebenbestimmung Nr. 27 der Genehmigung des BSH v. 9.11.2001, Offshore-Windpark Testfeld „Alpha Ventus"; hierzu auch *Dannecker/Kerth,* DVBl. 2009, 748 (749).

792 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 73 und 108.

793 BVerwGE 128, 1 (Rn. 60); zustimmend *Günes/Fisahn,* EurUP 2007, 220 (224). Zu betonen ist jedoch, dass umgekehrt vernünftige Zweifel auch dann vorliegen können, wenn diese nicht offensichtlich sind (Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 110).

ist zu fragen, wie der Gegenbeweis zu führen ist und wann er als erbracht anzusehen ist.

Vor allem die an der Rechtsprechung des EuGH orientierte Aussage des BVerwG in seiner Entscheidung zur „Westumfahrung Halle“, es bestehe eine Beweisregel dahingehend, dass ein Vorhaben erst dann zugelassen werden dürfe, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel bestehe, dass keine erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets hervorgerufen werden,[794] ist zum Anlass für kritische Äußerungen genommen worden. So wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass wissenschaftliche Erkenntnisse gerade weitgehend fehlen[795] oder dass die Ausführungen zum Beweismaß zumindest ergänzungsbedürftig scheinen[796].

Die genauere Betrachtung dieser auf den ersten Blick widersprüchlichen Diskussion um Darlegungsanforderungen, Beweislastregeln und Einschätzungsprärogativen erfordert indes eine differenzierte Betrachtung, die auch, zumindest weitgehend, allen Ansätzen und Akzentuierungen gerecht wird, wenn man anhand der Struktur des Ermittlungs- und Bewertungsprozesses der Verträglichkeitsprüfung die Natur des jeweils anzulegenden Standards stärker in den Vordergrund rückt. Erst eine solche präzise Bestimmung der Diskussionsgrundlage, die, soweit ersichtlich, bislang nicht derart zugespitzt herausgearbeitet wurde, erlaubt letztlich eine sachgerechte Handhabung und ermöglicht zugleich, anders als isoliert herausgegriffene Betrachtungsrahmen, in einer Gesamtbetrachtung durch zu identifizierende objektive und subjektive Komponenten den Blick auf ein durchaus sachgerechtes Konzept.

(1) Ermittlung der Auswirkungen anhand eines objektiven Maßstabs

Objektive Maßstäbe sind bei der Ermittlung der Auswirkungen des Projekts anzulegen. Der EuGH verlangt sowohl für die Vorprüfung als auch die eigentliche Verträglichkeitsprüfung, dass sich eine erhebliche Beeinträchtigung anhand objektiver Umstände ausschließen lässt.[797] Hierbei ist auf die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zurückzugreifen.[798] Der gleiche Standard ist auch bei der Beurteilung des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches zu wahren.[799]

---

794 BVerwGE 128, 1 (Rn. 62).

795 *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (275).

796 *Steeck/Lau,* NVwZ 2009, 616 (617 f.), i.E. wie BVerwGE 130, 299 (Rn. 73 f.) Siehe aber auch die Ausführungen des BVerwG zur Bewältigung praktischer Probleme bei BVerwGE 128, 1 (Rn. 63).

797 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 44 sowie Rn. 55 i.V.m. 44 – Muschelfischer.

798 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 55 – Muschelfischer.

799 EuGH, ZUR 2013, 483 (488).

Das heißt, die Grundlage für die Ermittlung und Einschätzung der Auswirkungen anhand des besten Standes der Wissenschaft ist allein objektiver Natur; für subjektive Einschätzungen besteht keinerlei Raum.[800]

Dieses lässt sich beispielhaft an den im Zusammenhang mit dem Betrieb von Offshore-Windparks diskutierten Schädigungen der Schweinswale illustrieren. Es entspricht derzeit den besten verfügbaren und einschlägigen Erkenntnissen, dass Schädigungen bei Unterschreiten einer Hörschwelle des Schweinswals im Abstand von 25 Metern ausgeschlossen sind.[801]

Sollten sich derzeit vom BSH noch als wenig belastbar eingestufte Befürchtungen von Schädigungen durch eine Jagd der Schweinswale im Bereich der Anlagen[802] dagegen durch naturwissenschaftliche Erkenntnisse bestätigen, könnte dieses zumindest auch den besten Wissenschaftsstand widerspiegeln. Gleiches gilt, wenn sich die von naturwissenschaftlicher Seite jüngst geäußerten Befürchtungen bewahrheiten sollten, dass derartige Grenzwerte zwar bei nur einmaligen Belastungen, nicht aber bei den zu erwartenden Schalleinwirkungen über einen längeren Zeitraum sachgerecht sind, für den noch keine abschließenden Erkenntnisse vorliegen.[803]

(2) Subjektive Natur der Bewertung

Eine erste Schwierigkeit besteht jedoch sodann darin, dass sich, von dieser Grundlagenermittlung auf objektiver Basis streng zu unterscheiden, die Würdigung durch die Behörde anschließt, die „notwendigerweise“ subjektiver Natur ist.[804] Bei der diesbezüglich zu gewinnenden Überzeugung, ob aufgrund des Wissenschaftsstandes eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele ausgeschlossen werden kann, muss Gewissheit bestehen.[805] Die gleichen Maßstäbe sind bei der Beurteilung des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches anzulegen.[806]

Kurzum: Bei der Ermittlung sind die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde zu legen. Bei der Würdigung muss Gewissheit erlangt werden.

---

800 *Jarass,* NuR 2007, 371 (374).

801 Genehmigung des BSH v. 23.8.2004, Offshore-Windpark „Sandbank 24“, S. 47; Genehmigung des BSH v. 11.2.2005, Offshore-Windpark „OWP Delta Nordsee 1", S. 55; allgemein zum Stand der Wissenschaft auch BT-Drs. 17/2642, S. 2 f. Siehe überdies 4. Kapitel, B. mit Blick auf die Tatsache, dass die Gebiete „Sylter Außenriff“ und „Borkum Riffgrund“ seinerzeit noch nicht in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen waren.

802 Genehmigung des BSH v. 23.8.2004, Offshore-Windpark „Sandbank 24“, S. 47; Genehmigung des BSH v. 11.2.2005, Offshore-Windpark „OWP Delta Nordsee 1", S. 55.

803 *Lucke,* NuL 2011, 447 (448).

804 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 107.

805 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 56 f. – Muschelfischer.

806 EuGH, ZUR 2013, 483 (488).

(3) Zusammenhang zwischen dem objektiven und subjektiven Maßstab

An dieser Stelle tritt jedoch eine zweite Schwierigkeit hinzu, deren Spiegelbild gerade, zumindest weitgehend, die an der Rechtsprechung des BVerwG geäußerte Kritik ist: Zwischen dem Erkenntnisgewinn und der Bewertung besteht ein Zusammenhang dergestalt, dass eben das Vorliegen hinreichender objektiver Umstände die erforderliche Gewissheit und damit letztlich die Zulässigkeit des Projekts bedingt. Der Gegenbeweis in Form der erforderlichen Überzeugungsbildung kann also nur gelingen, wenn die Bewertung anhand objektiver Umstände hinreichend begründbar ist, da anderenfalls Zweifel vorliegen, die das Projekt als unverträglich kennzeichnen.

Hieraus folgt, dass der Rückgriff auf als veraltet anzusehende naturwissenschaftliche Ansichten unzulässig ist.[807] Ein Spielraum der Behörde, zwischen nicht übereinstimmenden naturwissenschaftlichen Einschätzungen eine Auswahl zu treffen, ist jedoch anzuerkennen.[808]

So verstanden ist der Ansatz des BVerwG, der beide Komponenten ineinander verwebt, nicht nur verständlich, sondern auch geboten, da vom Ergebnis her betrachtet dargelegt wird, wann keine Zweifel bestehen, nämlich bei hinreichenden objektiven Umständen, die für Zweifel keinen Raum lassen.[809]

Soweit sich das BVerwG in diesem Zusammenhang ferner der Frage zuwendet, wie mit Kenntnislücken oder Prognoserisiken umzugehen ist, sind folglich aus diesem Blickwinkel bei deren Vorliegen verbleibende Unklarheiten anzunehmen.[810] Auch bei derartigen Unsicherheiten fehlt es bei der Ermittlung der Auswirkungen selbst an hinreichenden objektiven und sicheren Erkenntnissen.

Ohne dass dieser Standpunkt hier naturwissenschaftlich einzuordnen wäre, ist daher mit Blick auf das bereits angeführte Beispiel[811] festzustellen, dass das BSH hinsichtlich möglicher Schädigungen der Schweinswale durch den Anlagenbetrieb davon ausgeht, dass es über hinreichende naturwissenschaftliche Einsichten, die nachteilige Auswirkungen zweifelsfrei ausschließen lassen, aber über keine belastbaren Anhaltspunkte, die diese nahelegen verfügt – eine Erkenntnis, die nicht immer derart klar kommuniziert wird. Denn Mitteilungen über „befürchtete Entwicklungen zu den Auswirkungen […] bei Vögeln“ oder eine ungeklärte Kollisionsgefahr bei schweren Wetterlagen[812] deuten auf Unsicherheiten hin, die konträr zu der ständigen Genehmigungspraxis des BSH sind.

---

807 BVerwGE, 130, 299 (Rn. 73).

808 BVerwGE, 130, 299 (Rn. 73); *Steeck/Lau,* NVwZ 2009, 616 (618); kritisch *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 34 BNatSchG, Rn. 15.

809 BVerwGE 128, 1 (Rn. 62 f.).

810 BVerwGE 128, 1 (Rn. 64).

811 Genehmigung des BSH v. 23.8.2004, Offshore-Windpark „Sandbank 24“, S. 47 und die Genehmigung des BSH v. 11.2.2005, Offshore-Windpark „OWP Delta Nordsee 1", S. 55.

812 *BSH,* Pressemitteilung v. 30.10.2013.

In einer Zusammenschau sind damit an den Gegenbeweis hohe Anforderungen zu stellen. Damit aktualisiert sich zugleich der allgemeine Hinweis auf das grundsätzliche Fehlen hinreichend gesicherter naturwissenschaftlicher Kenntnisse[813] auch bei der Genehmigung der Offshore-Windparks, da diese Unsicherheit Anlass für die Festsetzung verschiedener Nebenbestimmungen war, die in Kombination mit ersten Erfahrungen bei anderen Windparks oder losgelösten Forschungsanstrengungen die Entscheidungsgrundlage bildeten.[814]

Andererseits zeigt diese gerade im Rahmen der Zulassung der hier thematisierten neuartigen Anlagenprojekte gefundene Lösung umso mehr, dass die strengen habitatschutzrechtlichen Maßstäbe einer Genehmigung nicht zwangsläufig hinderlich sind. Das BSH hat hierbei durch den Rückgriff auf das Instrument der Nebenbestimmungen einen Weg gefunden, zunächst die objektiven Umstände dergestalt zu verändern, dass sich deren Unsicherheiten entledigt wird, wodurch die Annahme der erforderlichen Gewissheit hindernde Zweifel behoben werden.

Das BVerwG hat überdies bereits weitere Lösungswege aufgezeigt, durch die jeweils die objektiven Umstände aufgrund der Ermittlungsschwierigkeiten verändert werden. In diesem Zusammenhang ist auch an die bereits erörterte Anordnung von Monitoringmaßnahmen nebst sich automatisch aktivierender Folgeanordnungen zu erinnern,[815] die ebenfalls bestehende Unschlüssigkeiten beseitigen. Weiterhin ist davon auszugehen, dass man sich hilfsweise mit Prognosewahrscheinlichkeiten oder Schätzungen behelfen darf.[816] Das BVerwG billigt beispielhaft als wissenschaftlich fundiertes Vorgehen Analogieschlüsse oder die Verwendung sog. Schlüsselindikatoren.[817] Diesem Ansatz wird man insoweit folgen dürfen, als der qualitative Begründungsaufwand[818] erhöht sein wird, da es in diesem Fall gerade maßgeblich darauf ankommt, Zweifel im Wege dieses besonderen Vorgehens zu beseitigen.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist schließlich auch der Vorschlag, eine Worst-Case-Betrachtung fruchtbar zu machen, soweit der Sachverhalt auf diese Weise sachdienlich erfasst wird.[819] Wie das BVerwG treffend annimmt, kann, soweit nicht einmal im schlimmsten denkbaren Fall eine erhebliche Beeinträchtigung anzunehmen wäre, auf der Grundlage des Ergebnisses dieser Ermittlungsannahme für Zweifel kein Raum mehr bestehen.

---

[813] *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (277); siehe auch *Stüer,* DVBl. 2007, 416 (422).

[814] Exemplarisch sei auf die Genehmigung des BSH v. 30.12.2011, Offshore-Windpark Borkum Riffgrund 2, S. 102 ff. hingewiesen.

[815] 3. Kapitel, B., II., 9., b), (4).

[816] Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 97.

[817] BVerwGE 128, 1 (Rn. 64).

[818] Die Generalanwältin Kokott wies in ihren Schlussanträgen auf die Pflicht zur Begründung und Kenntlichmachung ausdrücklich hin, Schlussanträge v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 97.

[819] BVerwGE 128, 1 (Rn. 64).

III. Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL

Führt die Verträglichkeitsprüfung zu dem Ergebnis, dass eine erhebliche Beeinträchtigung nicht mit Gewissheit auszuschließen ist, ist ein Projekt unter den Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung[820] gleichwohl noch zulassungsfähig. Diese Möglichkeit ist vor dem Hintergrund der aufgezeigten hohen Hürden für Genehmigungen von Offshore-Windparks von überragendem Interesse.

Die rechtlichen Anknüpfungspunkte einer Abweichungsentscheidung bilden Art. 6 Abs. 4 FFH-RL und die Umsetzungsvorschriften in § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG. Hervorzuheben ist, dass sich zu der Vorschrift in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL in der VRL keine entsprechende Regelung findet. Über die gem. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL an eine Abweichungsentscheidung zu stellenden Anforderungen bestehen fortwährende Unsicherheiten, deren Klärung sich erst im Anfangsstadium befindet. Dieses kann angesichts der jahrzehntelangen Umsetzungsverschleppung und zunächst vorherrschender Auslegungstendenzen zu Art. 6 Abs. 3 FFH-RL kaum verwundern. Im Einzelnen betreffen diese Schwierigkeiten sowohl die Qualifizierung einzelner Bausteine als Tatbestandsvoraussetzung oder Rechtsfolge wie auch die unklare Bestimmung des Gehaltes der jeweiligen Aussagen.[821] Die wesentlichen Voraussetzungen und Diskussionspunkte werden im Folgenden herausgearbeitet.

1. Vorhergehende Durchführung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung

Als durch die Rechtsprechung des EuGH bereits geklärt anzusehen ist, dass zu den Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung die Durchführung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung gehört.[822] Der Gerichtshof hat diesbezüglich dargelegt, dass die Verträglichkeitsprüfung der Abweichungsentscheidung vorgelagert sein muss, da es anderenfalls mangels Klarheit über die hervorgerufenen Beeinträchtigungen an der notwendigen Grundlage für die in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL angesprochenen Beurteilungen des Überwiegens des öffentlichen Interesses und des Bestehens von weniger nachteiligen Alternativen sowie der Bestimmung etwaiger Ausgleichsmaßnahmen fehle.[823]

2. Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Eine Abweichungsentscheidung setzt überdies einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses voraus. Ergibt sich dieses bereits aus Art. 6

---

[820] Zu Begrifflichkeiten siehe *Jarass,* NuR 2007, 371 (379).

[821] Siehe im Überblick nur die Darstellungen bei *Storost,* DVBl. 2009, 673 (677 ff.); *Jarass,* NuR 2007, 371 (376 ff.); *Steeck/Lau,* NVwZ 2009, 616 (618 ff.); *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (277 ff.).

[822] EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-418/04, Slg. I-10947, Rn. 260.

[823] EuGH, Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-304/05, Slg. I-7495, Rn. 83.

Abs. 4 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG, so sind der Begriff des öffentliches Interesses, die Voraussetzungen für dessen zwingenden und überwiegenden Charakter und die Besonderheiten im Bereich des Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 FFH-RL näher zu bestimmen.

Allgemein ist davon auszugehen, dass die Art des öffentlichen Belangs unerheblich ist, da der Kreis öffentlicher Interessen im Rahmen der Abweichungsprüfung nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL ausdrücklich auch solche sozialer oder wirtschaftlicher Art erfasst.[824] Mit der Errichtung und vor allem dem eigentlich anvisierten Betrieb der Offshore-Windkraftanlagen werden jedoch bei Lichte betrachtet private Interessen wirtschaftlicher Natur verfolgt. Dieses schließt dennoch die Annahme eines öffentlichen Interesses nicht aus. Durch die Forderung nach einem öffentlichen Interesse wird zwar die Geltendmachung rein privater Interessen verwehrt.[825] Gleichwohl wird ein großer Kreis privater Projekte erfasst, solange diese zumindest auch ein öffentliches Interesse für sich vereinnahmen können. Dieses gilt selbst dann, wenn ganz überwiegend private Interessen verfolgt werden.[826]

Für Offshore-Windkraftvorhaben lassen sich gleich mehrere öffentliche Interessen in diesem Sinne identifizieren. Neben einem allgemeinen öffentlichen Interesse an Vorhaben zur Energieversorgung[827] können die Offshore-Windkraftvorhaben für sich vereinnahmen, eine Umstellung der Energieversorgung auf sog. erneuerbaren Energiequellen zu fördern[828] und hierbei auch zu einem technologischen Fortschritt für eine sichere und regenerative Energieversorgung beizutragen. Darüber hinaus kann auf Effekte für den Arbeitsmarkt sowie die wirtschaftliche Bedeutung für benachbarte Küstenstandorte verwiesen werden.[829]

Eine Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL knüpft jedoch nur an zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses an. Während die Feststellung eines Überwiegens eine Abwägung erfordert, betont das Abstellen auf den zwingenden Charakter das hierfür erforderliche besondere Gewicht des Grundes.[830]

Die eingeforderte Abwägung erfolgt zwischen dem öffentlichen Interesse und den Beeinträchtigungen, denen das Gebiet durch das Projekt ausgesetzt ist.[831] Um zu ermitteln, welchem Belang der höhere Stellenwert beizumessen ist, ist die Bedeutung des öffentlichen Interesses sowohl grundsätzlich als auch im konkreten

824 *Wrase,* NuR 2004, 356 (357).
825 *Gellermann,* Natura 2000, S. 92.
826 *Halama,* NVwZ 2001, 506 (511).
827 Vgl. *Halama,* NVwZ 2001, 506 (511 f.) mit Blick auf die Rohstoffversorgung.
828 Tendenziell daher ein überwiegendes öffentliches Interesse erwägend, *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 38 f.
829 Vgl. hierzu Verh. d. niedersächsischen Landtags, 16. Wahlp., S. 7994 f.
830 *Jarass,* NuR 2007, 371 (377); ähnlich bereits *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (70).
831 EuGH, Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-304/05, Slg. I-7495, Rn. 83.

Einzelfall zu ermitteln und dem Ausmaß der Beeinträchtigungen gegenüberzustellen.[832]

Angewendet auf Offshore-Windparks kann abstrakt betrachtet keinem der mit der Energieerzeugung auf See verfolgten Interessen ein hoher Rang abgesprochen werden. Eine sichere, unabhängige und umweltschonende Energieerzeugung wie auch die hiermit einhergehenden wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessen stellen wichtige Gemeinschaftsgüter dar. Geht man davon aus, dass allenfalls einige der derzeit anvisierten Offshore-Windkraftvorhaben unverträglich sein werden, kann sich der Begründungsaufwand, um die vorgenannten Interessen als wesentlich betroffen einstufen zu können, allerdings erhöhen. Im Einzelfall kann sich dieses unter dem Eindruck einer gewichtigen Gebietsbeeinträchtigung ohnehin anders darstellen. Ausschlaggebend wird dann insbesondere die Zugrundelegung der Situation ohne Projektverwirklichung sein.[833]

Das Vorliegen eines zwingenden Grundes dagegen erfordert zwar ein besonderes Gewicht gegenüber dem Flächenschutz[834], nicht jedoch eine unausweichliche Notwendigkeit.[835]

Hinsichtlich der in Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 FFH-RL genannten prioritären Lebensraumtypen oder Arten hat sich das BVerwG dafür ausgesprochen, dass eine Berufung auf wirtschaftliche Gründe auch in diesem Fall grundsätzlich möglich ist, jedoch eine Geltendmachung von Interessen gefordert, die gegenüber den sonstigen, ausdrücklich benannten von vergleichbarem Gewicht sind.[836] Ungeachtet der Positionierung zu der Frage, ob erst eine Beeinträchtigung eines prioritären Lebensraumtyps oder einer prioritären Art die Einholung einer Stellungnahme der Kommission erfordert,[837] sind jedoch dann, wenn diese Arten oder Lebensraumtypen zweifelsfrei nicht betroffen sind, die erhöhten Anforderungen nicht zu stellen, da Art. 6 Abs. 4 FFH-RL Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist[838] und daher auch und gerade im konkreten Anwendungsfall nicht zu unangemessenen Gewichtungen führen darf. Dieses wäre jedoch der Fall, wenn man in Konstellationen, in denen die besondere Schutzbedürftigkeit prioritärer Arten oder Lebensraumtypen außer Frage stehend gar nicht betroffen ist, ohne sachlichen Anknüpfungspunkt allein aufgrund deren Existenz Vorhaben

---

832 *Jarass,* NuR 2007, 371 (377).

833 Sog. Null-Variante, *Jarass,* NuR 2007, 371 (377); *Günes/Fisahn,* ZUR 2007, 220 (228).

834 *Jarass,* NuR 2007, 371 (377).

835 BVerwGE 110, 302 (314).

836 BVerwGE 128, 1 (Rn. 128 f.); ebenso *Hösch,* NuR 2004, 348 (354); *Jarass,* NuR 2007, 371 (377); a.A. *Gellermann,* NuR 2005, 433 (438) .

837 Strittig ist, ob das Projekt tatsächlich prioritäre Lebensraumtypen oder Arten beeinträchtigen muss (ablehnend nunmehr BVerwGE 134, 166 [Rn. 8]). Solange bei Nichtbetroffenheit die Kommission eine entsprechende Stellungnahme ablehnt, erscheint deren Einholung bzw. deren Versuch jedenfalls entbehrlich; siehe zum Ganzen näher, *Steeck/Lau,* NVwZ 2009, 616 (619 f.) sowie kritisch zur Neuregelung in § 34 Abs. 4 S. 2 BNatSchG *Gellermann,* NVwZ 2010, 73 (77); zur Ansicht der Kommission siehe auch BT-Drs. 16/12274, S. 82.

838 Siehe *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (276).

scheitern ließe, die de facto nur nicht prioritäre Arten und Lebensraumtypen berühren.[839] Da durch die Offshore-Windparks insbesondere Auswirkungen auf Schweinswale in Rede stehen, die nicht als prioritäre Art gekennzeichnet sind, ist diese Einschränkung von erheblicher Bedeutung. Gleiches gilt auch mit Blick auf den Sterntaucher, da, mangels Klassifizierung der Arten in Anhang I der VRL, diese nach Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL zu beurteilen sind.[840]

3. Alternativlosigkeit

Gem. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL ist bei Bestehen einer Alternativlösung eine Abweichungsentscheidung unzulässig. Gemeint sind hiermit Alternativen, mit denen sich der Zweck des Projekts ebenso erreichen lässt.[841] Es kommt hierbei auf sämtliche vom Projektträger konkret verfolgten und plausiblen Zwecke an, die in vergleichbarer Weise erreicht werden müssen.[842]

Entsprechend der in § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG gefundenen Lösung werden hiervon aus Verhältnismäßigkeitsgründen jedoch nur solche Alternativen erfasst, die zumutbar sind und zugleich keine oder geringere Beeinträchtigungen zeitigen.[843] Auch scheiden rechtlich unmögliche Alternativen aus.[844] Für den Kreis der Offshore-Windkraftprojekte werden damit in zahlreichen Fällen Standortalternativen keine Berücksichtigung erfahren können, da eine große Zahl an technisch und wirtschaftlich in Frage kommenden Flächen bereits von anderen Offshore-Windkraftvorhaben oder anderen Nutzungen blockiert ist.[845]

Damit hat sich die Relevanz einer Alternativenprüfung für Offshore-Windkraftprojekte jedoch keineswegs erledigt. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG erfasst neben Standortalternativen auch Durchführungs- bzw. Ausführungsalternativen.[846] Daher wird, insbesondere soweit der wirtschaftliche Zweck nicht mehr als nur marginal berührt wird, im Rahmen einer Abweichungsentscheidung bei der Genehmigung von Offshore-Windkraftprojekten regelmäßig zunächst an schadensbegrenzende Elemente durch die Festlegung von Inhalts- oder Nebenbestimmungen als Ausführungs- oder Durchführungsalternativen zu denken sein. Daraus folgt, dass eine Ausnahmeentscheidung an Stelle der obenstehend dargestellten Festlegung

---

[839] I.E. ebenso BVerwGE 130, 299 (Rn. 152); 134, 167 (Rn. 9); tendenziell strenger *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 34 BNatSchG, Rn. 41.

[840] Vgl. *Jarass,* ZUR 2000, 183 (189).

[841] *Gellermann,* Natura 2000, S. 89 f.

[842] *Jarass,* NuR 2007, 371 (378); *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (75). Eine Null-Variante scheidet daher aus.

[843] *Jarass,* NuR 2007, 371 (377); *Gellermann,* Natura 2000, S. 90 f.

[844] *Jarass,* NuR 2007, 371 (378).

[845] Grundsätzlich optimistischer *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 38. Siehe auch bereits 1. Kapitel, E., I.

[846] *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (75); *Fischer-Hüftle,* ZUR 1999, 66 (70); *Wrase,* NuR 2004, 356 (357); *Jarass,* NuR 2007, 371 (378) sieht die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung.

schadensbegrenzender Maßnahmen in den bisher erteilten Genehmigungen[847] nicht möglich gewesen wäre.

Bei zukünftigen Genehmigungsentscheidungen sind überdies Fortentwicklungen des Standes der Technik zu berücksichtigen. Dieses wird beispielsweise wegen der äußerst schallintensiven Rammarbeiten derzeitiger Gründungsverfahren auf die noch im Entwicklungsstadium befindlichen Alternativen zu herkömmlichen Offshore-Anlagenfundamenten zutreffen, sobald diese Marktreife erlangt haben.[848]

Hat man eine derartige Alternativlösung gefunden, ist, gerade im empfindlichen Meeresbereich, in Betracht zu ziehen, ob auch diese Beeinträchtigungen des Natura-2000-Gebiets hervorrufen wird. Kommt es daher entscheidend auf einen Vergleich des jeweiligen Beeinträchtigungspotenzials an, kann dieses nicht vereinfacht durch die Ermittlung geschehen, ob keine oder jedenfalls weniger prioritäre Lebensraumtypen oder Habitate prioritärer Arten erheblich beeinträchtigt werden.[849] Stattdessen sind auch die relativen Auswirkungen auf die Erhaltungsziele einzubeziehen, wobei auch zu berücksichtigen ist, ob ein prioritärer Lebensraumtyp oder eine prioritäre Art nur unmaßgeblich, eine nichtprioritäre Art oder ein nichtprioritärer Lebensraumtyp jedoch wesentlich betroffen wird oder umgekehrt.[850] Obwohl zwar schon aus Gründen der praktischen Durchführbarkeit keine eigene Verträglichkeitsprüfung für jede in Betracht zu ziehende Alternative durchzuführen ist, muss die Prüfung daher doch derart tiefgehend durchgeführt werden, dass die Auswirkungen dahingehend beurteilt werden können.[851]

4. Verschränkungen und Prüfungsreihenfolge

Die gezeichneten, bereits Art. 6 Abs. 4 FFH-RL zu entnehmenden Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung werfen die Frage nach Verschränkungen oder einer bestimmten Prüfungsreihenfolge auf. In der Literatur wird geltend gemacht, dass bei einer bereits getroffenen Feststellung des Vorliegens eines zwingenden und überwiegenden öffentlichen Interesses eine erst im Anschluss erfolgende Alternativprüfung aufgrund des vorhergehend festgestellten Gewichts wenig zielführend ist.[852] Dieser Überlegung wird man sich nur schwer entziehen können. Weitergehend ist aber auch im Rahmen der Abwägung zwischen der Gebietsbeeinträchtigung und dem öffentlichen Interesse das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren, was die Berücksichtigung schonenderer Alternativen erfordert.[853] Zugleich kann bei Bestehen einer Alternativlösung kein

[847] 3. Kapitel, B., II., 9., b).
[848] Zum derzeitigen Entwicklungsstand vgl. BT-Drs. 17/2642, S. 5 f.
[849] A.A. BVerwGE 116, 254 (264 f.); 130, 299 (Rn. 169).
[850] *Europäische Kommission,* Leitfaden, S. 7.
[851] Ähnlich *Steeck/Lau,* NVwZ 2009, 616 (619).
[852] *Gellermann,* DVBl. 2008, 283 (288).
[853] *Jarass,* NuR 2007, 371 (377).

zwingender Grund überwiegenden öffentlichen Interesses für das konkret anvisierte Projekt vorliegen. Daher wird man zwar eine gewisse Flexibilität zugestehen dürfen, die insbesondere eine Wahlmöglichkeit zwischen einer vorhergehenden Prüfung von Alternativen oder einer Inzidentprüfung im Rahmen der Abwägung zulässt, jedoch zum Zwecke einer sachgerechten Feststellung des erhöhten Gewichts des öffentlichen Interesses das Ergebnis bis zur Ermittlung etwaiger Alternativlösungen offenhalten müssen.

Darüber hinaus folgt nach Ansicht des BVerwG zwar aus der Anknüpfung an die Verträglichkeitsprüfung, dass im Grundsatz fehlerhafte Ermittlungen und Bewertungen im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung auch die Abweichungsentscheidung infizieren.[854] Einen Ausweg bietet jedoch auch hier die hilfsweise Unterstellung sachgerechter qualitativer und quantitativer Beeinträchtigungen[855], wie sie gerade im Wege einer „Worst-Case-Betrachtung“ vorgenommen wird.

5. Kohärenzmaßnahmen

Nach Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL hat „der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen“ zu ergreifen, „um sicherzustellen, daß die globale Kohärenz von Natura 2000 geschützt ist“.[856] Diese Vorgabe, die § 34 Abs. 5 BNatSchG mit angelehnter Formulierung umsetzt, bereitet weiterhin Verständnisschwierigkeiten.

Während das BVerwG sich trotz z.T. gegenläufiger Nuancierungen[857] die Zuordnung einer Abweichungsentscheidung als Zulassungsvoraussetzung oder Rechtsfolge letztlich bislang offengelassen hat[858], hat der EuGH bereits klar erkennen lassen, dass er die Erfüllung der Kohärenzsicherungspflicht als Zulassungsvoraussetzung behandelt wissen will.[859] Ausgehend davon, dass hinter der Regelung der Gedanke steht, den Mitgliedstaaten zwar die Möglichkeit zu eröffnen, einzelne Projekte zulassen zu dürfen, obwohl maßgebliche Gebietsbestandteile in relevanter Weise beeinträchtigt werden, nicht jedoch die Kohärenz des Netzwerks selbst ihrer Verfügungsgewalt zu unterwerfen[860], ist diesem Standpunkt des EuGH beizupflichten. In der Sache geht es nicht nur darum, dass im Falle einer Abweichungsentscheidung entsprechende Maßnahmen zu ergreifen sind. Vielmehr hält sich nur bei vorheriger Sicherstellung der notwendigen

---

854 BVerwGE 130, 299 (Rn. 154).

855 BVerwGE 130, 299 (Rn. 154).

856 Um Verwechslungen mit den hiervon streng zu unterscheidenden Ausgleichsmaßnahmen nach § 19 Abs. 2 BNatSchG zu vermeiden, wird im Folgenden der Begriff „Kohärenzmaßnahme“ verwandt; siehe näher, auch zu Begrifflichkeiten, *Jarass,* NuR 2007, 371 (379).

857 Siehe hierzu *Steeck/Lau,* NVwZ 2009, 616 (620).

858 BVerwGE 128, 1 (Rn. 148); 130, 299 (Rn. 197).

859 EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-418/04, Slg. I-10947, Rn. 260; ebenso *Günes/Fisahn,* ZUR 2007, 220 (228).

860 *Gellermann,* Natura 2000, S. 94.

Kohärenzmaßnahmen eine Abweichungsentscheidung in den unionsrechtlich zulässigen Grenzen.

Fraglich sind daneben vor allem der Gehalt und der Bezugspunkt der Kohärenzmaßnahmen.

Vor dem Hintergrund, dass diese auf den Ausgleich der negativen Auswirkungen gerichtet sind und dem Ziel dienen, die globale Kohärenz des Netzwerks zu wahren,[861] reicht die Spannbreite denkbarer Maßnahmen von der entsprechenden Verbesserung des Lebensraums in einem Gebietsteil oder einem anderen Gebiet bis hin zur Neuanlage eines Lebensraums in einem anderen oder erweiterten Gebiet oder der Beantragung eines neuen Gebiets.[862]

Anknüpfend an die allein zu schützende globale Kohärenz von Natura 2000 ist weitergehend festzuhalten, dass nicht jede Beeinträchtigung schlechthin zu kompensieren ist.

Das damit zu Tage tretende Spannungsfeld wird jedoch zu eng gefasst, wenn Kohärenzmaßnahmen nur für den Fall als erforderlich angesehen werden, dass die Vernetzung und die Erhaltung von Funktions- und Austauschbeziehungen gefährdet sind[863], da übergangen wird, dass dann gerade bei besonders seltenen Vorkommen ohne derartigen Bezug Kompensationsmaßnahmen nicht erforderlich wären, obwohl die Beeinträchtigung der Sicherung des Netzwerks in seiner Gesamtstruktur abträglich wäre.[864]

Stattdessen ist der in Art. 3 Abs. 1 FFH-RL bezeichnete gegenwärtige Zustand des Gebietsnetzes zu schützen, was die Berücksichtigung der Qualität und der Quantität der beherbergten Arten und Lebensraumtypen und der Funktion des Gebiets einfordert.[865] Wird ein Beitrag dieser Merkmale für das Gebietsnetz beeinträchtigt, ist er auszugleichen.[866] Da diese Bedeutung im Rahmen der Festlegung der Erhaltungsziele Berücksichtigung gefunden haben muss, kann die Ermittlung bei Vorliegen hinreichender Erhaltungsziele anhand der Einbuße der Erhaltungsziele erfolgen.[867]

Die geringe Aufmerksamkeit, die dieser Vorgabe gewidmet wird, darf gerade im Zusammenhang mit der Diskussion um Bagatellschäden durch die Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windparks überraschen.[868] Denn zu betonen ist, dass aus den vorstehenden Überlegungen zugleich folgt, dass gerade die geltend

---

[861] *Europäische Kommission,* Leitfaden, S. 11.

[862] *Europäische Kommission,* Gebietsmanagement, S. 50. Siehe auch umfassend in Bezug auf die Ausarbeitung von Ausgleichsmaßnahmen, *Europäische Kommission,* Leitfaden, S. 17 f.

[863] OVG Koblenz, NuR 2008, 181 (194 f.); ebenso offenbar *Jarass,* NuR 2007, 371 (379), siehe dort aber auch die gesonderten Ausführungen zu prioritären Lebensraumtypen und Arten.

[864] *Gellermann,* DVBl. 2008, 283 (289).

[865] *Europäische Kommission,* Leitfaden, S. 12 f.; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 27.10.2005, Rs. C-209/04, Slg. 2006, I-2758, Rn. 83.

[866] Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 27.10.2005, Rs. C-209/04, Slg. 2006, I-2758, Rn. 84.

[867] BVerwGE 130, 299 (Rn. 199).

[868] Siehe hierzu 3. Kapitel, B., II., 9., a), (3).

gemachten „Bagatellbeeinträchtigungen“ unter Umständen allenfalls, wenn überhaupt, Kohärenzmaßnahmen von geringem Umfang erfordern werden.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das BVerwG davon ausgeht, dass eine Kohärenzmaßnahme schon dann als geeignet anzusehen ist, wenn „nach aktuellem wissenschaftlichen Erkenntnisstand eine hohe Wahrscheinlichkeit ihrer Wirksamkeit besteht“.[869] Dem ist zuzustimmen, da, wie das BVerwG an dieser Stelle ausführt, aufgrund der fördernden Natur der Maßnahmen genauere Feststellungen regelmäßig unmöglich sein werden.

IV. Einordnung der Bedeutung für das Gesamtsystem der FFH-RL

Festzuhalten ist aufgrund der vorstehend gewonnenen Erkenntnisse, dass im unionsrechtlich überformten Habitatschutzsystem wirtschaftliche oder allgemeine Interessen, wie sie mit Blick auf eine sichere und regenerative Energieversorgung sowie arbeitsmarkt- und industriepolitische Gesichtspunkte für den Untersuchungsgegenstand identifiziert werden können, durchaus Berücksichtigung finden.

Insofern verkennt die einleitend geschilderte Kritik, dass das Regime der FFH-RL eine Fortschreibung der Regelungen der VRL ist.[870] Einhergehend mit einer Ausweitung des Schutzes auf andere Arten und auch Lebensraumtypen wurden zwar auf den Ebenen der Schutzgebietsauswahl und des grundsätzlich zu gewährleistenden Schutzes vergleichbar strenge Maßstäbe gesetzt, die insbesondere wirtschaftliche Gesichtspunkte nicht gelten lassen. Weitergehend wurde jedoch durch die Regelung in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL (gegebenenfalls i.V.m. Art. 7 FFH-RL) ein Korrektiv geschaffen,[871] das einer Dominanz des Naturschutzes begegnet.

Ist daher die zurückhaltende Aufnahme dieser Regelung kaum nachvollziehbar, ist es, anders als es den Anschein hat, nur so, dass zum Schutz des Naturerbes zu prüfen ist, ob sich Anliegen wie die hier thematisierten Großvorhaben tatsächlich gegenüber dem für geboten erachteten Schutz des europäischen Naturerbes durchsetzen sollen. Ist dieses aber der Fall, vermag sich jedes Projekt gegenüber dem Flächenschutz durchzusetzen, der dann nicht über anderen Interessen steht, sondern zurücktritt. Entsprechend werden umgekehrt alleine solche Vorhaben aussortiert, denen nach den allgemein gehaltenen Kriterien gegenüber dem Habitatschutz kein Vorrang zukommen soll. Setzt eine ordnungsgemäße Abweichungsentscheidung hierzu insbesondere die Selbstverständlichkeit voraus, dass sich ein Projekt nur bei einer vergleichsweise wenig streng zu verstehenden Alternativlosigkeit gegenüber dem Habitatschutz durchsetzen können soll, ein entsprechendes Interesse besteht und gegebenenfalls

[869] BVerwGE 130, 299 (Rn. 201). Siehe auch umfassend in Bezug auf die Ausarbeitung von Ausgleichsmaßnahmen *Europäische Kommission,* Leitfaden, S. 17 ff.

[870] *Wegener,* ZUR 2010, 227 (228).

[871] So auch *Wegener,* ZUR 2010, 227 (228).

Ausgleichsmaßnahmen vorgenommen werden, kann nicht erkannt werden, dass der allgemeine gesellschaftliche Konsens, dass die Natur nicht unnötig in Mitleidenschaft gezogen werden soll, überschritten wird. Alles andere ist allein ein optischer Eindruck. Dieser wird dadurch erzeugt, dass im Interesse einer sachgerechten Beurteilung auf der Ebene der Entstehung der Schutzgebiete und der Beurteilung etwaiger Auswirkungen des Projekts denklogisch sachfremde Erwägungen außen vor zu bleiben haben. Hinzu kommt, dass eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung naturgemäß etwas mühevoller ist, als wenn diese Anforderung nicht gestellt würde.

Zugleich ist der unter dem Eindruck der Strenge des Verträglichkeitsgrundsatzes gewonnene Eindruck zu präzisieren: So streng der Maßstab des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG und so schwierig die Ermittlung und Bewertung gerade für neuartige und umfangreiche Vorhaben wie die hier thematisierten Offshore-Windparks auch ist, so wenig steht dieses, anders als die einleitend skizzierten Befürchtungen erahnen lassen, der Zulassung des Projekts zwingend entgegen. Im Gegenteil werden sich Großvorhaben regelmäßig angesichts der mit ihnen einhergehenden Interessen wesentlich besser auf eine Abweichungsentscheidung stützen lassen, so dass etwaige Schwierigkeiten auf dieser Ebene einen ausgleichenden Gegenpol finden.

Der Weg, durch gegebenenfalls zweifelhafte Auslegungstendenzen den Maßstab des Verträglichkeitsgrundsatzes zu verändern, ist daher überflüssig. Hiermit einhergehende Rechtsunsicherheiten sind vermeidbar. Im Gegenteil: Die Verträglichkeitsprüfung hat mit äußerster Sorgfalt zu erfolgen, und der erforderliche Maßstab ist strengstens zu beachten, da ein Fehler grundsätzlich auch die Abweichungsentscheidung infiziert.

V. Anwendbarkeit der Abweichungsmöglichkeit im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone

Eine Berücksichtigung der nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG zulässigen Abweichungsentscheidung auch bei Genehmigungsverfahren nach der SeeAnlV wurde mangels einer in § 3 SeeAnlV a.F.[872] vorgesehenen Möglichkeit von Ausnahmeentscheidungen und aufgrund der Normstruktur von mehreren Stimmen in der Literatur abgelehnt.[873]

Zuzugeben ist, dass die hier bejahte Verknüpfung von § 34 BNatSchG und § 3 S. 1 Nr. 2 2. Alt SeeAnlV a.F.[874] auf der Überlegung beruhte, dass die habitatschutzrechtlichen Vorgaben als sonstige überwiegende öffentliche Belange zu

---

872 SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

873 *Nebelsieck,* Rechtsgutachten 2001, S. 25; *Reshöft/Dreher,* ZNER 2002, 95 (99); *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 3a, Rn. 19, skeptisch auch *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 35 ff.

874 § 3 S. 1 Nr. 2 2. Alt SeeAnlV a.F. wurde durch Art. 1 Nr. 2 der Verordnung v. 15.7.2008 (BGBl. I, S. 1296) eingefügt.

verstehen waren.[875] Festzustellen ist sodann, dass in die Vorschrift in § 3 SeeAnlV a.F. keine Regelungen über Abweichungsmöglichkeiten aufgenommen wurden.

Diese Ausgangsüberlegung erweist sich bei genauerer Überprüfung jedoch als unsauber. Denn richtigerweise stand nicht die Frage einer Ausnahme von den in § 3 SeeAnlV a.F. geregelten Versagungsgründen in Rede, sondern das Entgegenstehen sonstiger überwiegender öffentlicher Belange. Aus diesem Blickwinkel ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum bei der Ermittlung, ob dieser Versagungsgrund vorliegt, nicht auch die Möglichkeit einer Abweichungsentscheidung Berücksichtigung finden durfte. Im Gegenteil: Der in § 38 Abs. 1 Nr. 5 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[876] und § 56 Abs. 1 BNatSchG n.F. gewählte Verweis auf § 34 BNatSchG als Ganzes bot gerade einen Anhaltspunkt für die Anwendbarkeit der Regelungen über eine Abweichungsentscheidung.[877] Maßgeblich war letztlich, dass § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist,[878] dessen Anforderungen durch eine strengere Auslegung unterlaufen werden.

Dieses gilt nach der Neufassung der SeeAnlV im Jahr 2012[879] umso mehr. Da die Freiräume des BSH erheblich ausgeweitet wurden, insbesondere bei Vorliegen der abwägungsfesten Belange ein Planungsermessen eingeräumt wurde, steht schon die Normstruktur einer Anwendbarkeit nicht mehr entgegen.

VI. Besondere Eignungsgebiete und Vorranggebiete in der AWZ der Nordsee

§ 3a SeeAnlV a.F. sah die Festlegung besonderer Eignungsgebiete vor. Die Vorschrift hatte, abgesehen von Anpassungen an anders bedingte Rechtsänderungen, nach ihrer Einfügung im Jahr 2002[880] und bis zu ihrer Aufhebung 2013[881] keinen relevanten Änderungen unterlegen. Die Vorschrift ließ einen eher planerischen Einschlag vermuten. Dieses galt umso mehr, als der Raumordnungsplan für die AWZ in der Nordsee[882] seine Rechtsgrundlage in § 18a ROG a.F.[883]

---

[875] Vor der Einfügung dieses Versagungsgrundes in § 3 S. 1 Nr. 2 2. Alt SeeAnlV a.F. durch Art. 1 Nr. 2 der Verordnung v. 15.7.2008 (BGBl. I, S. 1296) wurde über das Merkmal der Gefährdung der Meeresumwelt in § 3 S. 1 2. Alt. SeeAnlV a.F. (SeeAnlV v. 23.1.1997, BGBl. I, S. 57) eine Verknüpfung hergestellt. Siehe zum Ganzen 1. Kapitel, J., III.

[876] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

[877] So bereits zur Vorgängerregelung *Gellermann,* NuR 2004, 75 (80).

[878] Siehe *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (276).

[879] Durch Art. 1 der Verordnung v. 15.1.2012 (BGBl. I, S. 112).

[880] Durch Art. 2 Nr. 3 des Gesetzes v. 25.3.2002 (BGBl. I, S. 1193).

[881] Durch Art. 11 des Gesetzes v. 21.1.2013 (BGBl. I, S. 95).

[882] Vgl. hierzu 1. Kapitel, E., I.

[883] Raumordnungsgesetz v. 18.8.1997, BGBl. I, S. 2081; aufgehoben durch Art. 9 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes und zur Änderung anderer Vorschriften v. 22.12.2008, BGBl. I, S. 2986. Die Anwendung dieser Vorschrift ergab sich aus § 29 Abs. 1 S. 1 ROG n.F. (Raumordnungsgesetz v. 22.12.2008, BGBl. I, S. 2986).

fand, da § 18a Abs. 3 S. 2 ROG a.F. die Übernahme der besonderen Eignungsgebiete als Vorranggebiete für Windkraftanlagen vorsah.[884]

Trotzdem ist die Vorschrift auch vor dem hier verfolgten thematischen Hintergrund durchaus von Interesse. § 3a Abs. 1 S. 4 SeeAnlV a.F. setzte für die Festlegung eines besonderen Eignungsgebiets voraus, dass „der Wahl von Standorten für Windkraftanlagen in dem betreffenden Gebiet keine Versagungsgründe im Sinne des § 5 Absatz 6 und keine Schutzgebietsausweisungen nach Maßgabe von § 57 des Bundesnaturschutzgesetzes entgegenstehen", wobei nach § 3a Abs. 1 S. 5 SeeAnlV a.F. neben „Erfahrungen" und „wissenschaftlichen Erkenntnissen" auch zukünftig auszuweisende Gebiete zum Standard erhoben wurden.

Am 19. Dezember 2005 legte das BSH erstmals besondere Eignungsgebiete gem. § 3a SeeAnlV a.F. fest, wobei alleine das Eignungsgebiet „Nördlich Borkum" für den Bereich der AWZ in der Nordsee festgesetzt wurde.[885]

Die Relevanz dieser Festlegung ergab sich für Windkraftprojekte vor allem aus der in § 3a Abs. 2 S. 1 SeeAnlV a.F. bzw. § 18 Abs. 3 S. 1 des ROG a.F. angesprochenen Wirkung der Festlegung hinsichtlich des Standortes als Sachverständigengutachten im Genehmigungsverfahren. Diese Wirkung wurde gem. § 18a Abs. 3 ROG a.F. sämtlichen festgelegten Vorranggebieten zugesprochen und ist als eine Beweislastumkehr zu deuten,[886] die in der Sache eine Vorwegnahme eines Teils der Zulassungsentscheidung darstellt.[887]

Der entscheidende Vorteil der Festsetzungen könnte daher darin gelegen haben, dass eine Vermutung für die Beurteilung der Offshore-Projekte als verträglich bestand, die den Vorhabensträger von entsprechenden Unsicherheiten entlastet. Die genaue Betrachtung zeigt jedoch, dass die Festlegung eines Eignungsgebiets nach § 3a Abs. 1 S. 1 SeeAnlV a.F. bzw. eines Vorranggebiets nach § 18a Abs. 3 ROG a.F. insoweit[888] rechtlich und praktisch letztlich weitgehend bedeutungslos gewesen ist, so dass sich der eigentlich auf der Hand zu liegen scheinende Vorteil für den Vorhabensträger, dass er auf den ersten Blick geeignete Standorte erkennen konnte, bei denen er vorab wusste, dass eine Verträglichkeitsprüfung positiv ausfallen wird, als Trugschluss erwies.[889]

Einschränkend ist zunächst auf § 3a Abs. 1 S. 5 SeeAnlV a.F. hinzuweisen, der anordnete, dass die Eignungsgebiete, insbesondere auch im Hinblick auf

---

884 Das Eignungsgebiet „Nördlich Borkum" wurde gem. Ziffer 3.5.1 Abs. 1 des Raumordnungsplanes für die AWZ [oben 1. Kapitel, E., I.] in der Nordsee daher inzwischen als Vorranggebiet für Windenergie ausgewiesen.

885 GMBl. 2005, S. 1255.

886 Die der Festlegung gleichwohl beizumessende steuernde Funktion sowie deren eigene habitatschutzrechtliche Zulässigkeit fallen nicht unter den gewählten Untersuchungsgegenstand.

887 *Bönker,* NVwZ 2004, 537 (537), *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, Einl., Rn. 55.

888 Zum planerischen Ausschluss anderer Nutzungen vgl. *Wolf,* ZUR 2005, 176 (183 f.).

889 Die anvisierte Planungs- und Rechtssicherheit (BT-Drs. 14/7490, S. 55; BT-Drs. 15/2250, S. 72 f.) bestand daher nicht.

auszuweisende Gebiete, fortgeschrieben werden sollten. Im Übrigen war ohnehin auch bei jeder Neuaufstellung eines Raumordnungsplanes für den Bereich der AWZ nach den Vorschriften des § 17 Abs. 2 bis 6 ROG n.F. gem. § 29 Abs. 3 Nr. 1 ROG n.F. i.V.m. § 36 S. 1 Nr. 2 BNatSchG für die 2007 in die Gemeinschaftsliste aufgenommen Gebiete bzw. in Bezug auf das FFH-Gebiet im Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer" eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen.

Hinzu trat die Beschränkung auf die Wahl des Standortes. Es wurde auch unter habitatschutzrechtlichen Gesichtspunkten nur vorab geprüft, ob das Gebiet für die Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen grundsätzlich verträglich ist.[890] Dieses wäre z.B. nicht der Fall, wenn aufgrund einer räumlichen Nähe zu den Schutzgebieten bei jeder auch nur einzelnen Anlagenerrichtung zwingend unverträgliche Auswirkungen zu erwarten gewesen wären. Sämtliche vorhaben- oder anlagenspezifischen Aspekte indes waren im Rahmen des eigentlichen Genehmigungsverfahrens zu untersuchen.

Bestand daher ohnehin allenfalls der geringe Vorteil für den Projektplaner, dass er nur wusste, dass an diesem Standort nicht jedes Windenergievorhaben von vorneherein durch dieses Grobraster fiel, ist noch gravierender, dass, umgekehrt zum eben gewählten Negativbeispiel, an sich eine relevante positive Feststellung der Eignung auch nur des Standortes die Gewissheit bedingte, dass alle denkbaren Windkraftvorhaben an dem Standort stets verträglich wären, weil § 3a Abs. 2 S. 1 SeeAnlV a.F. bzw. § 18a Abs. 3 S. 1 ROG a.F. der Festlegung die Stellung eines Sachverständigengutachtens einräumte. Dieses konnte zwar durch neue aussagekräftigere Erkenntnisse erschüttert werden.[891] Wäre keine Widerlegung erfolgt, wäre eine Unverträglichkeit des Standortes jedoch aufgrund dieser Beweislastumkehr im späteren Genehmigungsverfahren nunmehr ungeprüft geblieben, so dass die strengeren Anforderungen des Verträglichkeitserfordernisses gem. § 34 Abs. 1 und Abs. 2 BNatSchG unterlaufen worden wären. War daher bereits im Rahmen der Festlegung des Eignungsgebiets zu prüfen, ob jede Errichtung und jeder Betrieb jeder denkbaren Windkraftanlage in dem Gebiet stets verträglich wäre, ist diese Feststellung praktisch kaum vorstellbar gewesen. Zugleich wurde die Wirkung als Sachverständigengutachten auch dadurch nahezu eingeebnet, dass im späteren Zulassungsverfahren das konkrete Vorhaben überprüft werden musste, wobei die Zugrundelegung der aktuellen und vorhabenbezogenen Auswirkungen auch eine standortbezogene Betrachtung einschloss.

Wollte man den Vorschriften daher insoweit überhaupt einen relevanten Anwendungsbereich beimessen, ist, ungeachtet der ohnehin bestehenden Schwierigkeiten, die Wirkung als Sachverständigengutachten nach § 3a Abs. 2 S. 1

---

[890] *Bönker,* NVwZ 2004, 537 (537 f.).

[891] BT-Drs. 14/7490, S. 56.

SeeAnlV a.F. bzw. § 18a Abs. 3 S. 1 ROG a.F. genau zu bestimmen[892], die rechtliche Folge der Festlegung dahingehend zu beschränken gewesen, dass es sich allein um Erkenntnisse handelte, die man in das Genehmigungsverfahren einbringen konnte. Sie entbanden, anders als es bezweckt wurde[893], jedoch nicht von einer zusätzlichen aktuellen Einschätzung.[894]

Dieses entspricht letztlich auch der Handhabung im Genehmigungsverfahren zum Offshore-Windpark „Borkum West II“, in dem eine Verträglichkeitsprüfung ungeachtet der Regelung in § 3a SeeAnlV a.F. durchgeführt wurde, jedoch die Erkenntnisse aus dem Verfahren zur Festlegung des besonderen Eignungsgebiets bei der Bewertung fruchtbar gemacht wurden.[895]

Überlegungen im Zuge der Novellierung der SeeAnlV, wegen der zwischenzeitlich erfolgten Raumordnung im Bereich der AWZ die Regelung aufzuheben,[896] hatten sich zunächst nicht durchgesetzt. Die nunmehr doch erfolgte Streichung von § 3a SeeAnlV a.F. unter Berufung auf die bereits eingetretene Funktionslosigkeit durch die Überleitung in das Regime der Raumordnung nach den §§ 29 und 17 ROG n.F.[897] ist in der Sache sicherlich zutreffend. Nur ist zumindest aus habitatschutzrechtlicher Perspektive hinzuzufügen, dass die Streichung auch deshalb begrüßenswert ist, weil die Regelungsintention der Vorschrift deutlich verfehlt wurde und sich der Vorteil für Vorhabensträger von Offshore-Windparkprojekten ohnehin darauf beschränkte, in den Festlegungsverfahren gewonnene Einsichten in das vom Umfang her gerade nicht verkürzte Genehmigungsverfahren einzubringen.

VII. Tragweite des durch den EuGH im Jahr 2006 festgestellten Vertragsverstoßes

Im Jahr 2006 hat der EuGH festgestellt, dass der Projektbegriff in § 10 Abs. 1 Nr. 11 und die Spezialregelung in § 36 für immissionsschutzrechtlich zu genehmigende Anlagen des BNatSchG in der Fassung aus dem Jahr 2002[898] die Vorgaben der FFH-RL nicht ordnungsgemäß umgesetzt hatten.[899]

Selbst die überwiegend außerhalb der Schutzgebiete geplante Errichtung und der Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen als Projekte im Sinne des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL wurden bereits, ungeachtet der beachtlichen Kritik des EuGH an diesen zu eng geratenen Vorschriften, vom Projektbegriff in § 10 Abs. 1 Nr. 11

[892] Siehe hierzu *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 3a, Rn. 22 ff. sowie auch bereits *Nebelsieck,* Rechtsgutachten, S. 21 f.
[893] Vgl. BT-Drs. 14/8789, S. 4.
[894] I.E. in allgemeiner Hinsicht ähnlich *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 3a, Rn. 22 ff.
[895] Genehmigung des BSH v. 13.6.2008, Offshore-Windpark "Borkum West II“, S. 81 ff.
[896] Vgl. Entwurf einer SeeAnlV (2011), Besonderer Teil, Begründung zu Art. 2.
[897] So ausdrücklich BT-Drs. 17/10957, S. 23.
[898] Verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.
[899] EuGH, Urt. v. 10.1.2006, Rs. C-98/03, Slg. I-53, Rn. 39 ff. – Kommission/Deutschland.

lit. b) und c) dieser Fassung des BNatSchG erfasst,[900] so dass insoweit mit Blick auf die durch den EuGH festgestellte Verfehlung keine Auswirkungen bestehen können.

Bei Erlass des Vorbescheids für den Windpark „Nordergründe“ vom 15. November 2007 und des Vorbescheids für den Windpark „Riffgat“ vom 22. Januar 2008 beanspruchte grundsätzlich jedoch auch § 36 des BNatSchG in der Fassung aus dem Jahr 2002 noch Geltung, da diese Norm erst mit Wirkung zum 17. Juni 2008 entfallen ist.[901] Daher aktualisiert sich hinsichtlich dieser Norm die Frage nach der Tragweite der EuGH-Entscheidung.

Das Urteil in einem Vertragsverletzungsverfahren des EuGH ist als Feststellungsurteil zu qualifizieren und hat nicht die Nichtigkeit der unionsrechtswidrigen Normen zur Folge.[902] Ist die Klage der Kommission begründet, hat der Mitgliedstaat stattdessen die Pflicht, die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen.[903] Dieses schließt das Gebot an die nationalen Behörden ein, die für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklärte Norm nicht mehr anzuwenden.[904]

Der Vorbescheid für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ entspricht dieser Anforderung ebenso wie der Vorbescheid für den Windpark „Riffgat“, indem die mit unmittelbarer Geltung begabte Spezialregelung des seinerzeitigen § 36 BNatSchG[905] unbeachtet blieb und das Vorhaben letztlich an den Voraussetzungen des § 34c NNatG[906] in einer Zusammenschau mit § 34 des BNatSchG aus dem Jahr 2002 sowie den Maßgaben des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL und dessen Auslegung durch den Gerichtshof geprüft wurde.[907]

C. Das Schutzregime in Vogelschutzgebieten

§ 34 Abs. 1 BNatSchG knüpft an Natura-2000-Gebiete und damit gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 FFH-RL auch an Vogelschutzgebiete an und trägt dadurch Art. 7

---

900 Siehe hierzu *Gellermann,* Natura 2000, S. 156.

901 Gem. Art. 3 S. 1 des ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 12.12.2007, BGBl. I, S. 2873.

902 *Thiele,* Europäisches Prozessrecht, § 5, Rn. 45.

903 Im Einzelnen *W. Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 260 AEUV, Rn. 5.

904 EuGH, Urt. v. 13.7.1972, Rs. 48/71, Slg. 529, Rn. 5/10; EuGH, Beschluss v. 23.3.1980, verb. Rs. 24 u. 97/80 R, Slg. 1319, Rn. 16; konkret zu den Auswirkungen des Urteils des EuGH v. 10.1.2006 (Rs. C-98/03, Slg. I-53, Rn. 39 ff. – Kommission/Deutschland) auch *Günther,* EurUP 2006, 94 (96 ff.).

905 Gem. § 11 S. 1 des BNatSchG in der seit 2002 zwischenzeitlich maßgeblichen Fassung (BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193).

906 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung naturschutzrechtlicher Vorschriften v. 27.1.2003, Nds. GVBl., S. 39, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzrechts v. 19.2.2010, Nds. GVBl., S. 104.

907 Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 15.11.2007, Az. 06-074-01, S. 78 ff. sowie dass., Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 22.1.2008, Az. 06-101-01, S. 93 ff.

FFH-RL Rechnung, der jedenfalls für ordnungsgemäß unter Schutz gestellte Vogelschutzgebiete die Geltung des Regimes des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL anordnet. Insoweit gelten daher die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

Jedoch ist auch daran zu erinnern, dass im Einzelfall ein grundsätzlich dem Mitgliedstaat zustehender Spielraum bei ökologisch besonders herausragenden Gebieten nicht besteht, sondern das Gebiet zwingend unter Schutz zu stellen ist. Bei Unterbleiben der Ausweisung besteht ein „faktisches Vogelschutzgebiet".[908]

Die besondere Relevanz dieser Qualifizierung[909] ist zunächst darin zu sehen, dass die Pflichten aus Art. 4 Abs. 4 VRL in diesen Gebieten unabhängig von einer Schutzgebietsausweisung bestehen.[910] Da sich die nationalen Normen der Bundesrepublik Deutschland zu faktischen Schutzgebieten nicht verhalten, ist Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL in diesem Fall unmittelbar anzuwenden.[911]

Aufgrund der Übergangsregelung in Art. 7 FFH-RL fragt sich jedoch, ob dieses auch nach Inkrafttreten der FFH-RL noch uneingeschränkt Gültigkeit beansprucht.

Die Vorschrift erweist sich bereits auf den ersten Blick als äußerst auslegungsbedürftig. Während einerseits an „erklärte" bzw. „anerkannte" Gebiete angeknüpft wird, ist die Einlassung zum Zeitpunkt des Übergangs durch die unklare Wendung „bzw." auch einem Verständnis zugänglich, nachdem der Übergang spätestens mit dem Datum der Anwendung der FFH-RL erfolgen soll – und damit auch im Fall einer unterlassenen Ausweisung des Gebiets. Die praktische Relevanz lässt sich mit Blick auf bisher unentdeckte faktische Vogelschutzgebiete im vergleichsweise unerforschten Meeresbereich veranschaulichen. Denn selbst wenn man Gebieten die Qualität eines faktischen Schutzgebiets beimessen möchte, wäre wegen der missglückten Fassung des Art. 7 FFH-RL unklar, ob diese schon den Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL oder noch denen des Art. 4 Abs. 4 VRL unterliegen.

Angesichts der fehlenden Schärfe der Vorschrift war diese Frage von Anfang an strittig. Gewisse Klärung schaffte die Positionierung des EuGH im Urteil Basses-Corbières, der, unter Verwerfung der Ansicht der Kommission, davon ausging, dass der Übergang des Schutzregimes die Erklärung zum Schutzgebiet voraussetzt.[912] Das obige Beispiel fortsetzend würde daher für den Fall, dass faktische Vogelschutzgebiete im Meeresbereich existieren, mit dieser Erkenntnis die Anwendung des Schutzregimes des Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL verbunden sein.

---

[908] Vgl. 2. Kapitel, B., I.

[909] Zur Identifizierung faktischer Vogelschutzgebiete und der Bedeutung des IBA-Katalogs siehe *Hösch,* NuR 2004, 348 (349); *Mitschang/Wagner,* DVBl. 2010, 1257 (1258); *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (127).

[910] EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-355/90, Slg. I-4221, Rn. 22 – Santoña.

[911] BVerwG, NVwZ 2002, 1103 (1105).

[912] EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-374/98, Slg. I-10799, Rn. 44 ff. – Basses-Corbières.

D. Schutzgewährleistungen in faktischen Vogelschutzgebieten

Kommt es daher in derartigen Gebieten weiterhin auf das Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL an, bedingt der derzeit allenfalls hilfsweise erscheinende Charakter diesbezüglicher Ausführungen, diese auf einen kurzen Überblick zu begrenzen.[913]

Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Ergreifen geeigneter Maßnahmen, „um die Verschmutzung oder Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel, sofern sich diese auf die Zielsetzungen [des Art. 4 VRL] erheblich auswirken, […] zu vermeiden." Diese Regelung ist als Zulassungstatbestand einzuordnen, soweit ein Projekt am Regime des Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL zu messen ist.[914]

Die praktische Bedeutung der Norm verdankt sich insbesondere der Tatsache, dass der Begriff der Beeinträchtigung weit zu verstehen ist. Er umfasst alle Aktivitäten, die negative Auswirkungen auf die Lebensbedingungen zeitigen oder hierzu beitragen.[915] Das BVerwG bejaht, ungeachtet der unklaren Formulierung des Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL, auch hinsichtlich des Verschmutzungs- und Beeinträchtigungsverbots die Existenz einer Erheblichkeitsschwelle[916]. Jedoch stellt es an das Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung geringe Anforderungen.[917]

Vergleichbar zum Schutzregime des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL, aber auch des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL[918], aktualisieren sich die der Vorschrift zu entnehmenden Verbote auch dann, wenn die Beeinträchtigungen, Verschmutzungen oder Belästigungen von außerhalb des Gebiets gelegenen Quellen herrühren[919]. Daher wären, auf das hypothetische Beispiel des Vorliegens von faktischen Vogelschutzgebieten im Untersuchungsbereich zurückkommend, nicht nur die in den Gebieten gegebenenfalls verorteten Windparks betroffen, sondern auch hinsichtlich der in der AWZ oder im Küstenmeer geplanten, z.T. in relativer Nähe befindlichen Vorhaben, eine Relevanz in Betracht zu ziehen.

Weder Art. 4 Abs. 4 VRL noch andere Vorschriften der VRL enthalten hinsichtlich dieser Maßgaben Ausnahmeregelungen. Bei minimalen Entwertungen ist es jedoch ein Gebot des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die in Rede stehenden

---

[913] Die wenig strenge Pflicht aus Art. 4 Abs. 4 S. 2 VRL wird im Folgenden ausgeklammert. Da die Aspekte des Vogelschutzes bei den Offshore-Windkraftprojekten stets besonders in der Beobachtung standen, ist nicht anzunehmen, dass in diesem Zusammenhang die grundsätzliche Verpflichtung, sich zu bemühen, negative Auswirkungen auf die Vogelwelt zu vermeiden, verkannt wurde.

[914] BVerwGE 120, 276 (289).

[915] *Gellermann,* Natura 2000, S. 118.

[916] BVerwG, NVwZ 2004, 1114 (1117).

[917] Siehe BVerwG, NVwZ 2004, 1114 (1118). Vgl. hierzu aber auch *Gellermann,* Natura 2000, S. 118 und *ders.* DVBl. 2004, 1199 (2001).

[918] Die Ähnlichkeit betonend auch BVerwGE 120, 276 (289); *Köppel u.a.,* Endbericht, S. 4.

[919] *Lau,* ZUR 2009, 589 (590); *Füßer,* in: Ziekow, Flughafenplanung, 407 (424) m.w.N.

Aktivitäten zuzulassen.[920] Kommt es daher durch die Errichtung der Offshore-Windkraftanlagen nur zu marginalen negativen Auswirkungen, sind diese ausnahmsweise gleichwohl zulässig. Weitergehende Ausnahmen hat der EuGH nur unter engen Voraussetzungen zugelassen. Grundlegend waren die Aussagen in der Rs. C-57/89[921], an die die Urteile in den Rs. C-355/90[922] und C-44/95[923] anknüpften und nach der eine Überwindung der Verbote nur bei Vorliegen überragender Gemeinwohlbelange in Betracht kommt, die Vorrang vor den mit der Richtlinie verfolgten Umweltbelangen haben und soweit sich die Maßnahmen auf das erforderliche Maß beschränken.[924] Der EuGH hat ausdrücklich betont, dass wirtschaftliche und soziale Erfordernisse diesen strengen Anforderungen nicht genügen.[925]

Selbst wenn daher die Nutzung der Windkraft auf dem Meer über wirtschaftliche Zwecke hinaus anerkennenswerte Motive, wie beispielsweise den Aufbau einer umweltfreundlichen und sicheren Energiegewinnung, für sich in Anspruch nehmen können oder die Anlagen gerade im niedersächsischen Küstenmeer besonderen Erprobungszwecken verpflichtet sind, wird sich ein entsprechend gewichtiger Grund kaum anführen lassen. Im Ergebnis ist daher die fehlende Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL bei faktischen Vogelschutzgebieten der gewichtigste Unterschied zum Schutzregime der FFH-RL.

E. Ergebnisse zum 3. Kapitel

Der in diesem Kapitel untersuchte Maßstab des zu gewährenden materiellen Schutzes bei Vorhaben mit Projektqualität ist immer dann anzuwenden, wenn es um die Abwehr von nicht ausschließlich mit der unmittelbaren Gebietspflege in Zusammenhang stehenden Einflüssen geht.

Die Maßgaben des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL sowie der zu deren Umsetzung ergangenen nationalen Vorschriften in § 34 BNatSchG gehen als speziellere Regelungen dem allgemeinen Störungs- und Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL grundsätzlich vor. Die Schutzgewährleistungen erfassen ausweislich Art. 4 Abs. 5 FFH-RL nicht nur alle bereits unter Schutz gestellten Gebiete, sondern auch die nach nationalem Recht noch nicht ausgewiesenen Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung. Dieses betrifft sämtliche in die Gemeinschaftsliste aufgenommenen Gebiete in der deutschen AWZ in der Nordsee. Aufgrund der Überleitungsvorschrift in Art. 7 FFH-RL beanspruchen

[920] *Gellermann,* Natura 2000, S. 118.
[921] EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-88, Rn. 21 ff. – Leybucht.
[922] EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-355/90, Slg. I-4221, Rn. 19 – Santoña.
[923] EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-44/95, Slg. I-3807, Rn. 29 f. – Lappel-Bank.
[924] EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-883, Rn. 22 f. – Leybucht.
[925] EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-883, Rn. 22 – Leybucht; EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-355/90, Slg. I-4221, Rn. 19 – Santoña.

die Vorgaben in Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL auch für Vogelschutzgebiete Geltung.

Allgemein lässt sich hierbei von der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung eine sog. Vorprüfung unterscheiden. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL benennt insofern zunächst eine Prüfschwelle. Bei Überwindung dieser Hürde wird die eigentliche Verträglichkeitsprüfung als zweite Stufe durchgeführt. Durch ein solches schematisches Vorgehen dürfen allerdings die Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL nicht unterlaufen werden. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ermöglicht trotz negativer Beurteilung der Verträglichkeit unter gewissen Voraussetzungen die Zulassung des Projekts im Wege einer Abweichungsentscheidung. Die Vorschrift gewährleistet die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Im Einzelnen fordert Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL sowohl im Rahmen der Vorprüfung als auch in Bezug auf die eigentliche Verträglichkeitsprüfung eine Prüfung der nachteiligen Auswirkungen eines Projekts im Hinblick auf die für das betroffene Gebiet festgelegten Erhaltungsziele ein. Nicht jede irgendwie geartete Beeinträchtigung naturwertiger Belange ist in diesem Zusammenhang als eine unverträgliche Nutzung anzusehen. Nicht einmal zu befürchtende gravierende Auswirkungen auf die Schutzgebiete durch die Errichtung und den Betrieb großdimensionierter Offshore-Windparks sind in jedem Fall geeignet, die Prüfschwelle als überwunden oder ein Projekt als unverträglich zu kennzeichnen. Eine besondere Erheblichkeit der Auswirkungen auf die Erhaltungsziele wird umgekehrt jedoch ebenfalls nicht verlangt.

Bei der konkreten Beurteilung des Vorliegens einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele durch ein Offshore-Windkraftprojekt sind kumulative Auswirkungen durch andere geplante Offshore-Windparks und weitere Nutzungen zu bedenken. Auch bereits genehmigte Vorhaben sind zu berücksichtigen. Bei Konflikten mit Windparks in Meeresgebieten anderer Mitgliedstaaten sind beide Vorhaben auf ein zulässiges Maß zu reduzieren; im Übrigen ist das Vorhaben zu bevorzugen, für das das frühere Ersuchen oder als erstes ein Antrag im Sinne des § 3 Abs. 1 und 3 SeeAnlV vorlag.

Neben der Beachtung der jeweiligen Einzelheiten des Projekts verschärft der derzeit schlechte Erhaltungszustand der geschützten Lebensraumtypen und Arten aufgrund der hiermit einhergehenden Strenge zu formulierender Erhaltungsziele die Anforderungen. Erkenntnisse über Vorkommen von in den Anhängen der Richtlinien genannten Arten und Lebensraumtypen im Meeresbereich allein erlauben dagegen noch keinen Rückschluss auf die Verträglichkeit eines Offshore-Windkraftprojekts.

Zu beachten ist, dass auch andere als die geschützten Arten und Lebensraumtypen von erheblicher Relevanz sein können, weil die in den Erhaltungszielen zu formulierenden Soll-Größen regelmäßig auch eine Förderung der natürlichen Lebensbedingungen erfordern werden. Beispielhaft kann insoweit für den Meeresbereich auf das Makrozoobenthos verwiesen werden.

Aufgrund der Berücksichtigung der naturfachlichen Wertigkeit des Gebiets bei der Festlegung der Erhaltungsziele ist allerdings auch umgekehrt nicht einmal mit der Beherbergung von in den Anhängen I und II genannten Lebensraumtypen oder Arten zwangsläufig jeweils ein auf diese gerichtetes Erhaltungsziel verbunden.

In praktischer Hinsicht ist sich, soweit die Unterstellung eines Gebiets noch aussteht, damit zu behelfen, die mutmaßlichen Erhaltungsziele auf der Basis der Meldedaten zu ermitteln. Dieses führt jedoch zu unnötigen Erschwernissen und gegebenenfalls auch zu den Projekten entgegenzuhaltenden Anforderungen, die im Folgenden gar nicht gestellt werden. Die Unterschutzstellung einschließlich der einschlägigen Verbote und der Erhaltungsziele ist aus Gründen der Effektivität des bezweckten Schutzes notwendigenfalls zu aktualisieren.

Wie aufgezeigt wurde, ist der Feststellung einer erheblichen Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL ein zweiter Schritt nachgelagert, in dem die Bewahrung oder Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustands des Schutzgebiets zu untersuchen ist.

Das damit angesprochene Kriterium der Beeinträchtigung eines Gebiets als solches aus Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL ist dann zu verneinen, wenn die mit den durch die Gebietsaufnahme geschützten Vorkommen an Lebensraumtypen und Arten im Zusammenhang stehenden „grundlegenden Eigenschaften" dauerhaft erhalten werden. Die Frage, ob dieser Anspruch im Einzelfall gewahrt ist, ist am Maßstab der Definition des Art. 1 lit. e) bzw. lit. i) FFH-RL zu beantworten. Bei der näheren inhaltlichen Ausgestaltung dieses Prüfungsschritts ist zu berücksichtigen, dass zwischen den Regelungen in Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 FFH-RL ein Gleichauf besteht, da mit Art. 6 Abs. 3 FFH-RL kein weitergehender Schutz, sondern nur eine Vorabprüfung verankert werden sollte. Entsprechend dürfen durch den Rückgriff auf etwaige Schwellenwerte keine Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorgerufen werden.

Zur Wahrung des damit zu beachtenden Verschlechterungsverbots dürfen keine Nachteile gegenüber den Wertigkeiten bei Eintragung in die Gemeinschaftsliste für die Lebensraumtypen und Lebensräume der Arten, zu deren Erhaltung und Wiederherstellung die Gebiete ausgewiesen wurden, eintreten. Verschlechterungen der naturschutzfachlichen Qualität der maßgeblichen Lebensraumtypen und Habitate der Arten sind daher stets als relevante Beeinträchtigung des Gebiets als solches zu bewerten.

Umgekehrt muss sich nicht einmal jeder direkte Flächenverlust zwingend als Verschlechterung darstellen, soweit Flächen betroffen sind, die keine Habitate der Arten oder Lebensraumtypen betreffen, für die die Unterschutzstellung erfolgte. Allein wegen einer Standortdynamik der betroffenen Art ist dagegen ein Flächenverlust nicht als zulässig zu kennzeichnen, da die Festlegung der Gebietsgrenzen und des zugedachten Lebensraums ausgehebelt und die Existenz dieser Habitate negiert würde. Stattdessen ist umgekehrt jeder direkte Flächenverlust der unter Schutz gestellten Habitate der Arten oder Lebensraumtypen stets als

verbotene Verschlechterung einzuordnen. Gleiches gilt für mittelbare Einwirkungen auf derartige Bestandteile des Schutzgebiets, beispielsweise durch die Luft oder das Meerwasser als Medium.

Ebenfalls zu unterbinden sind Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL. Diese liegen nur bei erheblichen Einwirkungen auf die Lebensverhältnisse der Arten vor. Nicht jede Einwirkung ist daher zwingend als unzulässig anzusehen. Dieses gilt selbst bei kurzfristigen Populationseinbußen.

Konkret denkbare Störungen bei der Errichtung und dem Betrieb von Windkraftanlagen stellen der Lärm der Errichtung und des Betriebs, aber auch Lichtreflexe und der Schattenwurf durch die Rotoren dar, wenn sie sich negativ auf das Befinden der Arten auswirken, die bei einem hervorgerufenen weiträumigen Meideverhalten auch als erheblich einzustufen sind. Aber auch Verschlechterungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL können durch die außerhalb der Schutzgebiete geplanten Windkraftanlagen infolge indirekter Einwirkungen durch die Medien Luft und Wasser eintreten, wenn sich der Lebensraum selbst, über Einflüsse im Sinne von Störungen hinausgehend, in seinen Bestandteilen verändert. Praktisch relevant ist dieses Problem vor allem bei in der Nähe zu den Schutzgebieten gelegenen Vorhaben.

Bei der Anwendung des Schutzmaßstabs ist zu beachten, dass Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL nur verlangt, dass die Projekte das Schutzgebiet erheblich beeinträchtigen „könnten“. Nicht gefordert wird, dass eine Beeinträchtigung festgestellt wurde. Dieses bringt eine niedrige Prüfschwelle zum Ausdruck, die immer schon dann überwunden ist, wenn anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Projekt das fragliche Gebiet erheblich beeinträchtigt. Der gleiche Maßstab ist auch bei der Beurteilung des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL anzulegen.

Konkret setzt die Zustimmung zu einem Projekt die vorhergehende positive Feststellung voraus, dass das Projekt zu keiner Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 bzw. gegebenenfalls S. 2 FFH-RL führt. Dieses ist anhand objektiver Umstände auszuschließen. Die Behörde muss hierüber Gewissheit erlangt haben; bei Unsicherheiten ist die Genehmigung zu versagen. Die Beurteilung hat am Maßstab der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu erfolgen. Dieses Verständnis ist auch § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG zugrunde zu legen.

In dieser Hinsicht hat sich gezeigt, dass verschiedene Genehmigungsbescheide zumindest textlich ungenaue Formulierungen aufweisen.

Für die in beträchtlicher Entfernung zu den Schutzgebieten gelegenen Windparks kommt als deutliche Entlastung in Betracht, dass eine erhebliche Beeinträchtigung bereits auf der Ebene der Vorprüfung abgelehnt werden kann. Eine Verschärfung der Situation durch einen verstärkten Ausbau der Nutzung des Meeres zur Windenergieerzeugung ist jedoch denkbar. Hinsichtlich der Meeressäuger ist die Prüfschwelle dessen ungeachtet in der Praxis regelmäßig als überwunden angesehen worden.

Die Beurteilung der Verträglichkeit wird weiterhin durch die Diskussion um Erheblichkeitsschwellen bzw. Reaktions- und Belastungsschwellen sowie Bagatellschwellen geprägt. Diese ist darauf gerichtet, dass nicht jede potenziell nachteilige Entwicklung eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele bzw. des Gebiets als solches darstellt, sondern mit Rücksicht auf die spezifischen Empfindlichkeiten der Arten und Lebensräume eine relevante Betroffenheit erst ab einer gewissen Grenze vorliegt. Das eigentliche Problem derartiger Annahmen ist jedoch bereits, dass für standardisierte Werte zumindest derzeit noch kein hinreichend belastbarer naturwissenschaftlicher Kenntnisstand besteht.

Bei der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit überhaupt Schwellenwerte herangezogen werden dürfen, ist streng darauf zu achten, dass ein Unterlaufen der Maßgaben des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL unzulässig ist. Die in dieser Hinsicht diskutierten Bagatellschwellen betreffen absolut unwesentliche Beeinträchtigungen. Das BVerwG zeigt sich tendenziell gegenüber der Anerkennung solcher Schwellen wegen des dem heutigen Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 EUV zu entnehmenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgeschlossen. Es verkennt hiermit, dass durch dieses Vorgehen eine Beeinträchtigung gerade deshalb verneint wird, weil sie droht und man dieses Ergebnis alleine aufgrund eigener Wertungen nicht hinnehmen möchte. Für ein solche Vorgehen besteht jedoch kein Raum, da Art. 6 Abs. 4 FFH-RL diesen Schwierigkeiten bereits begegnet.

Als für die Genehmigungspraxis von besonderer Bedeutung hat sich auch der Rückgriff auf schadensbegrenzende Maßnahmen erwiesen. Derartige Schutzmaßnahmen sind schon auf Ebene der Verträglichkeitsprüfung zu berücksichtigen. Die festzusetzenden schadensbegrenzenden Maßnahmen müssen erhebliche Beeinträchtigungen im Sinne des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG „nachweislich wirksam verhindern". Aufgrund der koordinierten Festsetzung entsprechender Nebenbestimmungen bei zueinander in räumlichem Bezug stehenden Windparks wird auch kumulativen Auswirkungen der verschiedenen Windparkprojekte vorgebeugt.

Die abschließende Rechtsgrundlage für die Verbindung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit Nebenbestimmungen enthält § 12 BImSchG. Die Verlagerung der Verträglichkeitsprüfung in den Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Vorbescheide nach § 9 BImSchG führt in höchst umstrittene Problemfelder zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Beigabe von Nebenbestimmungen zum Vorbescheid.

Die Sichtung der in die Bescheide aufgenommenen Regelungen zeigt, dass sowohl für den Bereich der AWZ als auch des niedersächsischen Küstenmeeres einige der von naturwissenschaftlicher Seite allgemein befürworteten Maßnahmen zur Abwendung von Auswirkungen auf die Meeresumwelt aufgegriffen wurden. Die ebenfalls zu beobachtende Aufnahme von Monitoringpflichten ist für die Abwendung einer erheblichen Beeinträchtigung im Sinne des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG dagegen nicht hinreichend. Erforderlich ist auch die Anordnung von „Hilfs"-Maßnahmen für den Fall erwartungswidriger Entwicklungen. Dieses gilt

jedoch nur, wenn der Ausschluss einer erheblichen Beeinträchtigung auch auf der Grundlage erfolgte, dass entsprechende Überwachungspflichten bestehen.

Mit Blick auf die an den Gegenbeweis gestellten Anforderungen ist festzuhalten, dass die im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung zu gewinnende Gewissheit nur den Ausschluss vernünftiger Zweifel erfordert. Der Einwand, dass die verlangte Beurteilung wegen des weitgehenden Fehlens wissenschaftlicher Erkenntnisse unmöglich ist, kann dadurch entkräftet werden, dass bei der Ermittlung der Auswirkungen des Projekts unter Rückgriff auf die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zwar objektive Maßstäbe anzulegen sind und für subjektive Einschätzungen insoweit keinerlei Raum besteht. Die sich anschließende Bewertung ist jedoch „notwendigerweise" subjektiver Natur; nur insoweit muss Gewissheit bestehen.

Der Gegenbeweis in Form der erforderlichen Überzeugungsbildung kann aber nur gelingen, wenn die Bewertung anhand objektiver Umstände hinreichend begründbar ist, da anderenfalls Zweifel vorliegen, die das Projekt als unverträglich kennzeichnen. Darüber hinaus darf auch auf Prognosewahrscheinlichkeiten oder Schätzungen und insbesondere Worst-Case-Betrachtungen zurückgegriffen werden, wobei sich der Begründungsaufwand erhöht.

Als von besonderer Wichtigkeit hat sich auch erwiesen, dass unter den Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung gem. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ein am Maßstab des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL als unverträglich zu kennzeichnendes Projekt gleichwohl noch zulassungsfähig sein kann.

Hinsichtlich der Anforderungen an eine solche Abweichungsentscheidung, zu der sich in der VRL keine entsprechende Regelung findet, ist von folgenden Voraussetzungen auszugehen:

Eine Abweichungsentscheidung erfordert zunächst die Durchführung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung.

§ 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG knüpft überdies an einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses an. Die Art des öffentlichen Belangs ist insoweit unerheblich. Die mit der Errichtung und dem eigentlich anvisierten Betrieb der Offshore-Windkraftanlagen vor allem verfolgten privaten Interessen wirtschaftlicher Natur hindern die Annahme eines öffentlichen Interesses nicht, da die Projekte zumindest auch öffentliche Interessen für sich vereinnahmen können. Während die Feststellung eines Überwiegens eine Abwägung erfordert, betont das Abstellen auf den zwingenden Charakter das hierfür erforderliche besondere Gewicht des Grundes.

Ferner ist gem. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL bei Bestehen einer Alternativlösung eine Abweichungsentscheidung unzulässig. Erfasst werden nur Alternativen, mit denen sich der Zweck des Projekts ebenso erreichen lässt. Neben Standortalternativen werden auch Durchführungs- bzw. Ausführungsalternativen erfasst. Hat man eine derartige Alternativlösung gefunden, ist gerade im empfindlichen Meeresbereich in Betracht zu ziehen, ob diese ebenfalls zu einer Beeinträchtigung des Natura-2000-Gebiets führt.

Im Einzelnen erfordert eine sachgerechte Abweichungsprüfung auch, dass bis zur Ermittlung etwaiger Alternativlösungen die Feststellung des erhöhten Gewichts des öffentlichen Interesses offengehalten werden muss. Bei Vorliegen einer fehlerhaften Verträglichkeitsprüfung bietet unter Umständen eine „Worst-Case-Betrachtung“ auch bei der Beurteilung der Abweichungsentscheidung einen Ausweg.

Nach Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL hat „der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen“ zu ergreifen, „um sicherzustellen, daß die globale Kohärenz von Natura-2000 geschützt ist“. Diese Vorgabe ist als Zulassungsvoraussetzung einzuordnen. Allerdings ist nicht jede Beeinträchtigung zu kompensieren. „Bagatellbeeinträchtigungen“ werden unter Umständen allenfalls Kohärenzmaßnahmen von geringem Umfang erfordern.

Zum Schutzregime in Vogelschutzgebieten ist schließlich festzuhalten, dass § 34 Abs. 1 BNatSchG für ordnungsgemäß unter Schutz gestellte Vogelschutzgebiete anzuwenden ist, während bei faktischen Vogelschutzgebieten Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL unmittelbar anzuwenden ist. Die Relevanz ergibt sich hierbei vor allem aus der fehlenden Anwendbarkeit der Regelungen zur Abweichungsentscheidung.

4. Kapitel: Wirkungen des Habitatschutzrechts auf erteilte Genehmigungen

In den vorstehenden Kapiteln wurden die Vorgaben des unionsrechtlichen Habitatschutzrechts und die Umsetzungsbemühungen administrativer und normativer Art beleuchtet. Werden zukünftig Genehmigungen für Offshore-Windkraftanlagen erteilt, ist zwanglos der derzeitige Rechts- und Sachstand zu respektieren.

Mit den erlangten Fortschritten hinsichtlich maßgeblicher Auslegungsfragen und nicht zuletzt aufgrund des zunehmenden Bestands an geschützten Flächen tritt jedoch auch die Frage in den Vordergrund, welche Tragweite Fehlentwicklungen für erteilte Genehmigungen beizumessen ist – eine Fragestellung, die für Vorhabensträger von Offshore-Windparks augenscheinlich von nicht minderer Relevanz ist. Dieses gilt angesichts der bereits mehrfach erfolgten Neuausrichtung des allgemeinen Verständnisses maßgeblicher Normen der hier thematisierten Richtlinien unter dem Eindruck der Judikatur des EuGH, selbst bei Beachtung des vorstehend herausgearbeiteten, mit dem derzeitigen Auslegungsstand übereinstimmenden Anforderungsprofils. Denn ist festzustellen, dass sich die Kommission längst ihrer Aufgabe als Hüterin der Verträge auch in Bezug auf mögliche Anwendungsdefizite in Einzelfallkonstellationen im Zusammenhang mit

dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL angenommen hat,[926] ist dieses für die Mitgliedstaaten umgekehrt mit dem Gedanken zu verbinden, etwaigen Verpflichtungen, ungeachtet der durch die Erteilung einer Genehmigung festzustellenden Zäsur, fortwährend nachzukommen und auf diese Weise die Gefahr einer rechtlichen Verfolgung etwaiger Verfehlungen zu minimieren.

Können, wie die Rs. C-201/02[927] zeigt, umweltrechtliche Vollzugsfragen ohne Weiteres auch Gegenstand eines Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV sein und damit vor dem Hintergrund nationaler Gerichtsverfahren über eine Zulassungsentscheidung Relevanz haben, zeugen die Vorlageverfahren in der Rs. C-127/02[928] und der Rs. C-226/08[929] davon, dass es auch über den Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung hinaus spätere Anknüpfungspunkte für etwaige Verpflichtungen geben kann.

Im Einzelnen kommt, an obige Ausführungen anknüpfend, zunächst in Betracht, dass bei der Genehmigung unter Verkennung der Vorgaben des Habitatschutzrechts oder seinerzeit zumindest erkennbarer naturwissenschaftlicher Einsichten keine oder eine nicht ordnungsgemäße Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde. Ebenso ist die Möglichkeit zu nennen, dass sich aufgrund neuer Erkenntnisse, trotz an sich ordnungsgemäß durchgeführter Verträglichkeitsprüfung, später herausstellt, dass die Bewertungen im Rahmen der Vorprüfung oder der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung nicht tragfähig sind. Entsprechende Überlegungen lassen sich mit Blick auf den von Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL geforderten Ausschluss einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches formulieren.

Die Sichtung der Vorschriften der VRL und der FFH-RL zeigt, dass diesbezüglich keine eigenständigen Regelungen getroffen wurden. Auch wurde sich entsprechenden Überlegungen bis heute allenfalls mit Zurückhaltung zugewandt.

Im frühen Schrifttum fanden sich Überlegungen, ab wann eine Genehmigung den Schutzgewährleistungen zu genügen habe.[930] Die hierbei verfolgten Ansätze waren von der Annahme geprägt, dass einer zeitlichen Zäsur vorhergehende Genehmigungen von den Anforderungen des Habitatschutzrechts im Grundsatz nicht betroffen seien, wobei der genaue Zeitpunkt als klärungsbedürftig angesehen wurde.[931] Daneben wurde auch Überlegungen zu nachträglichen Maßnahmen an

---

926 Vgl. die Auflistung in der BT-Drs. 16/8086, S. 8 ff.

927 EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-201/02, Slg. I-723 – Wells.

928 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405 – Muschelfischer.

929 EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131 – Stadt Papenburg.

930 Als spätester der im Einzelnen in Betracht gezogenen Zeitpunkte wurde der 5.6.1998 diskutiert; siehe *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (70); *Stollmann,* GewArch 2001, 318 (320). Damit hat diese Diskussion im Hinblick auf die erste Genehmigung eines Offshore-Windparks im Jahr 2001 eher vernachlässigbare Schnittstellen mit der hiesigen Themenstellung.

931 Vgl. *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (70), allerdings mit Einschränkungen im Hinblick auf Änderungen der Projekte.

genehmigten Projekten, die unter Umständen selbst eine Verträglichkeitsprüfung erfordern könnten, nachgegangen[932], während die Frage des grundsätzlichen Fortbestehens von Pflichten trotz Genehmigungserteilung, nicht zuletzt unter dem Eindruck der erheblichen Verständnis- und Umsetzungsprobleme, weitgehend unangesprochen blieb.

Ausgehend von dem bezweckten und im Zentrum der Argumentation des EuGH stehenden effektiven Schutz der Gebiete liegt die Annahme einer allgemeinen Pflicht zu gegensteuernden Maßnahmen zu jedem denkbaren Zeitpunkt nahe. Entsprechend finden sich auch Hinweise in der Rechtsprechung des EuGH dafür, dass den Mitgliedstaat unter den gezeichneten Umständen weitreichende Pflichten treffen. Eindeutige und kasuistisch einschlägige Einlassungen bestehen indes nicht. Die in diesem Kapitel verfolgte Ermittlung der Tragweite entsprechender Fehlentwicklungen steht daher vor der Herausforderung, eine weitgehend eigenständige Antwort zu ermitteln.

Weiterhin ist vorstellbar, dass etwaige Vorwirkungen der FFH-RL verkannt wurden. Diesem Fragenkreis muss sich im Interesse gedanklicher Klarheit gesondert zugewandt werden, da eine Antwort bedingt, zunächst zu untersuchen, wann Vorwirkungen bestehen.

Auszublenden ist, dass es den Mitgliedstaaten im Übrigen freisteht, weitere Schutzgebiete, auch mit rückwirkender Wirkung, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung auszuweisen,[933] da es sich hierbei um keine aus dem unionsrechtlichen Habitatschutzrecht folgende Konsequenz, sondern eine rein nationale Entscheidung handelt.

A. Nachsteuernde Maßnahmen zum Schutz der Natura-2000-Gebiete

Von besonderer Bedeutung ist, welche Pflichten die Mitgliedstaaten zum Ergreifen nachsteuernder Maßnahmen zum Schutz der Natura-2000-Gebiete nach Genehmigungserteilung sowie gegebenenfalls in der Verwirklichungsphase treffen, da sich für die Vorhabensträger mit dieser Überlegung der Gedanke verbindet, auch nach Genehmigungserteilung oder sogar der Verwirklichung des Vorhabens weiteren Restriktionen unterworfen werden zu können.

I. Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des EuGH

Bei der Beantwortung dieser Fragestellung können den drei bereits erwähnten Urteilen des EuGH erste, jedoch einzelfallbezogene Ansätze entnommen werden. Einschlägige, abstrahierende Aussagen zu diesen Einlassungen des Gerichtshofs

[932] *Apfelbacher/Adenauer/Iven,* NuR 1999, 63 (70); *Stollmann,* GewArch 2001, 318 (320).

[933] Siehe allgemein *Gellermann,* Natura 2000, S. 130; im Hinblick auf Vogelschutzgebiete auch *Jarass,* NuR 1999, 481 (487).

finden sich im Schrifttum allenfalls in Ansätzen. Die aus diesen Urteilen folgenden Erkenntnisse sollen daher als erste Überlegungen verstanden sein, deren Überprüfung weitaus umfangreicheren Begründungsaufwand erfordern wird.

1. Aussagen in der Rechtssache C-201/02

In der Rs. C-201/02 hat der EuGH die Tragweite der Unterlassung einer UVP erörtert.[934]

Der EuGH erinnerte hierbei zunächst an die grundsätzliche Verpflichtung, rechtswidrige Folgen eines Unionsrechtsverstoßes zu beheben, die selbst Ausdruck des heute Art. 4 Abs. 3 EUV zu entnehmenden Grundsatzes zur loyalen Zusammenarbeit ist.[935]

Die Verpflichtung zur Beseitigung der rechtswidrigen Folgen konkretisierte der EuGH sodann dahingehend, dass der Mitgliedstaat alle erforderlichen allgemeinen und besonderen Maßnahmen zu ergreifen hat, damit die Projekte auf die Besorgung erheblicher Umweltauswirkungen überprüft werden können, und, wenn diese Unsicherheit gegeben ist, die Auswirkungen untersucht werden können. Unter Hinweis auf die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten benennt der EuGH beispielhaft, dass hierunter die Rücknahme oder die Aussetzung der Genehmigung zu fassen ist.[936]

Überträgt man diese grundsätzliche Aussage des EuGH auf den Fall einer unterlassenen Verträglichkeitsprüfung nach der FFH-RL, könnte der Mitgliedstaat daher durch entsprechende Maßnahmen dafür Sorge zu tragen haben, dass überprüft werden kann, ob eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Ferner könnte er gegebenenfalls im Anschluss die eigentliche Verträglichkeitsprüfung zu ermöglichen haben. Fortgedacht umfasst dann die vom EuGH angeführte Pflicht, alle Folgen des Vertragsverstoßes zu beseitigen, auch die Pflicht zur Nachholung der Verträglichkeitsprüfung selbst, weshalb hierauf gerichtete Maßnahmen zu ergreifen sind.[937]

2. Aussagen in der Rechtssache C-127/02

Einschlägige Aussagen lassen sich auch der Rs. C-127/02[938] entnehmen. Diese Rechtssache betraf Lizenzen zur mechanischen Herzmuschelfischerei im Wattenmeer der Niederlande, die zwar seit vielen Jahren ausgeübte Tätigkeiten darstellen, für die jedoch nach vorheriger Prüfung jährlich neue Lizenzen erteilt

---

[934] EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-201/02, Slg. I-723, Rn. 62 ff. – Wells.
[935] EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-201/02, Slg. I-723, Rn. 64 – Wells.
[936] EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-201/02, Slg. I-723, Rn. 65 – Wells.
[937] Das Urteil des EuGH in der Rs. C-201/02 ist hinsichtlich dieses Punktes, bedingt durch verschiedene Vorlagefragen und Antworten, nicht besonders aufschlussreich und setzt letztlich durch die aufgenommene Fragestellung die Verpflichtung selbst bereits voraus. Wie hier, *v. Danwitz*, DVBl. 2008, 537 (541).
[938] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405 – Muschelfischer.

werden. Der EuGH geht davon aus, dass derartige Tätigkeiten jeweils neue Projekte im Sinne des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL sind.[939] Gegenüber den hier interessierenden Konstellationen fehlte es also diesseitig an einer bereits erteilten oder gar bestandskräftigen Genehmigung eines Projekts. Gleichwohl sind in diesem Zusammenhang getroffene grundlegende Aussagen des EuGH zum Verhältnis der Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 FFH-RL auch für den vorliegenden Fragenkreis von erheblicher Bedeutung.

Obwohl gerade entsprechend den dort getroffenen Ausführungen des Gerichtshofs Projekte zunächst nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL auf ihre Verträglichkeit hin zu untersuchen sind und für Art. 6 Abs. 2 FFH-RL kein sinnvoller gleichzeitiger Anwendungsbereich verbleibt[940], führt der EuGH im Anschluss an diese Überlegungen fort, dass gleichwohl, das heißt selbst wenn kein von den nationalen Behörden zu vertretender Fehler vorliegt, nicht auszuschließen ist, dass sich im Nachhinein herausstellt, dass das genehmigte Projekt doch geeignet ist, Verschlechterungen oder Störungen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorzurufen. In diesem Fall ist dem Schutzbedürfnis durch die Anwendung des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu entsprechen.[941]

Festzustellen ist, dass der EuGH hiermit im Fall einer erteilten Genehmigung nebst durchgeführter Verträglichkeitsprüfung einen Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL sieht. Ob dieses auch für den Fall gilt, dass die Verträglichkeitsprüfung an einem vorwerfbaren Fehler leidet, lässt sich der Urteilspassage letztlich nicht eindeutig entnehmen.

3. Aussagen in der Rechtssache C-226/08

Zuletzt lassen sich weitere Anhaltspunkte der Rs. C-226/08 entnehmen.[942]

Konkret hatte der EuGH die Frage zu beantworten, ob trotz eines bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses, der gestattete, bei Bedarf Ausbaggerungen der Ems vorzunehmen, vor der Fortsetzung dieser Arbeiten eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.[943] Betraf das Urteil damit ganz ähnlich der angesprochenen Konstellation einen Sachverhalt, der eine bestandskräftige Genehmigung aufwies, ist jedoch zusätzlich zu beachten, dass diese vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL erteilt wurde.[944] Überdies erschien problematisch, ob die Maßnahmen als mehrere sukzessive Projekte oder ein einheitliches Projekt einzuordnen waren.[945]

---

[939] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 28 – Muschelfischer.
[940] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 33 ff. – Muschelfischer.
[941] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 37 – Muschelfischer.
[942] EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 38 ff. – Stadt Papenburg.
[943] EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 35 – Stadt Papenburg.
[944] EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 12 – Stadt Papenburg.
[945] EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 41 und 47 – Stadt Papenburg.

Im Grundsatz verwies der EuGH darauf, dass Projekte gem. Art. 6 Abs. 3 FFH-RL vor der Erteilung einer Genehmigung einer Verträglichkeitsprüfung zu unterziehen sind.[946]

Entsprechend arbeitete der Gerichtshof im Kern heraus, ob die Ausbaggerungen als Projekte im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL anzusehen sind.

Hinsichtlich des Vorliegens einer bestandskräftigen Genehmigung verneinte er, dass deren Erteilung aus der Zeit vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Annahme mehrerer Projekte entgegensteht. Dieses folgt laut den Urteilsgründen zum einen aus der Überlegung, dass gleichwohl die Richtlinienziele nicht preisgegeben werden dürfen. Zum anderen sind nach Ansicht des EuGH Vertrauensschutzgesichtspunkten und dem Grundsatz der Rechtssicherheit Grenzen gesetzt.[947]

Für den Fall, dass die Ausbaggerungsmaßnahmen nicht als mehrere Projekte sondern als einheitliches Projekt zu begreifen sind[948], unterliegen diese nach den Ausführungen des Gerichtshofs zwar nicht den Vorgaben über eine vorherige Verträglichkeitsprüfung, da die Genehmigung bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist erteilt wurde, aber den Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL.[949]

Mit Blick auf die Genehmigungen der Offshore-Windenergieanlagen weit nach Inkrafttreten der FFH-RL sind hier daher zwei Kernaussagen besonders relevant: Trotz Vorliegens einer bestandskräftigen Genehmigung ist letztlich allein das Vorliegen eines Projekts entscheidend. Ist dieses anzunehmen, ist eine Verträglichkeitsprüfung trotz bereits erfolgter Genehmigung durchzuführen. Daneben ist wiederum eine Auffangfunktion des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL gesehen worden – jedoch, anders als im hiesigen Zusammenhang gelegen, mit Blick auf ein einheitliches Projekt, das allein aufgrund des zeitlichen Anknüpfungspunktes vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie nicht der Vorgabe einer Ex-ante-Prüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL unterliegen soll.

II. Vergleich der Aussagen des EuGH

Auf den ersten Blick erscheinen diese der EuGH-Rechtsprechung entnommenen Aussagen widersprüchlich.

Insbesondere die Übertragung der Aussagen in der Rs. C-201/02 legt eine Pflicht zur Nachholung einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL nahe. Die Aussagen in der Rs. C-127/02 dagegen, lassen nach Genehmigungserteilung eher einen Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL erwägenswert erscheinen, da Art. 6 Abs. 3 FFH-RL eine Vorabkontrolle beinhaltet, die nach Genehmigungserteilung nicht mehr unmittelbar vorstellbar ist.

---

946 EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 36 – Stadt Papenburg.

947 EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 38 ff. – Stadt Papenburg.

948 Zu dieser Abgrenzung EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 47 – Stadt Papenburg.

949 EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 49 – Stadt Papenburg.

Dieses ist wiederum mit dem Ansatz in der Rs. C-226/08 nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen, der im Grundsatz für jedes Projekt die Pflicht zur Verträglichkeitsprüfung betont, sogar selbst dann, wenn eine bestandskräftige Genehmigung vorliegt, so dass der EuGH davon ausgegangen ist, dass auch nach bzw. trotz einer Genehmigungserteilung eine Vorabkontrolle noch möglich ist.

III. Problemanalyse anhand der Unterschiede der Sachverhalte

Gilt es daher, die hinter den Ausführungen des EuGH stehende Systematik zu ermitteln, ist zunächst an die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellationen anzuknüpfen.

Zwischen den Aussagen in der Rs. C-127/02 und der Rs. C-226/08 muss, obwohl in beiden Fällen eine bestehende Genehmigung in Bezug genommen wurde, nicht zwingend ein Widerspruch bestehen. Auch im letztgenannten Urteil wurde für einheitliche Projekte vom EuGH eine Anwendung des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL befürwortet.

Daher könnte man sich auf die Aussage verstehen, dass bei Vorliegen einer bestandskräftigen Genehmigung diese stets den Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL unterliegt, abgesehen von dem Fall eines sukzessiven Projekts.

Dieses würde den Ausführungen des EuGH indes nicht gerecht. Lässt er sich zu dem Problem des Vorliegens einer bestandskräftigen Genehmigung in der Rs. C-226/08 ohnehin nicht näher ein, so knüpfte er vor allem an seine Rechtsprechung in der Rs. C-209/04[950] an. Dieses Verfahren betraf einen Sachverhalt, in dem die Durchführung einer UVP in Frage stand, aber der Genehmigungsantrag vor Ablauf der Umsetzungsfrist der UVP-RL gestellt worden war.[951] Dieser Anknüpfungspunkt der Ausführungen des EuGH verdeutlicht daher, dass der Ausschluss einer Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL in der Rs. C-226/08 für den Fall des Vorliegens eines einheitlichen Projekts in dem zeitlichen Bezugspunkt der erteilten Genehmigung wurzelt, nicht aber in dem Vorliegen einer solchen selbst.

Somit muss zwischen den Sachverhalten der Rs. C-127/02, in der die Anwendung des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL in Betracht gezogen wurde, und der Rs. C-226/08, in der nach Ansicht des EuGH bei der Annahme eines sukzessiven Projekts eine Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL durchzuführen war, ein maßgeblicher Unterschied bestehen, der trotz Vorliegens einer Genehmigung in beiden Konstellationen diese Behandlung erklärt.

Obwohl der EuGH in der Rs. C-226/08 zwar ausschließlich unter der Hypothese des Vorliegens mehrerer Projekte betonte, dass unabhängig von der Existenz einer Genehmigung die Pflicht zur Verträglichkeitsprüfung bestehe, lässt sich anhand des Abstellens auf das Vorhandensein eines Projekts allein nicht ermitteln, warum in der Rs. C-127/02 keine Pflicht zu einer Verträglichkeits-

[950] EuGH, Urt. v. 23.3.3006, Rs. C-209/04, Slg. I-2755 – Lauteracher Ried.

[951] Vgl. EuGH, Urt. v. 23.3.3006, Rs. C-209/04, Slg. I-2755, Rn. 56 – Lauteracher Ried.

prüfung bestanden haben soll und stattdessen die Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL einschlägig gewesen sein sollen, da auch in dieser Fallgestaltung zunächst ein Projekt vorlag.

Könnte man insofern noch versucht sein, jeweils entsprechend auf eine Ex-post-Betrachtung bzw. eine Ex-ante-Perspektive für das Vorliegen eines Projekts abzustellen, deuten die Ausführungen des EuGH eher darauf hin, dass in den beiden Urteilspassagen von unterschiedlichen Konstellationen ausgegangen wurde. In der Rs. C-226/08 bestanden keinerlei Kenntnisse über mögliche Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL. Die Verträglichkeit der Projekte war mithin ungeprüft. In der Rs. C-127/02 bezog der Gerichtshof seine Aussage jedoch auf die Situation, dass tatsächlich Kenntnisse über die Eignung des Projekts zu derartigen Verschlechterungen oder Störungen bestehen.

Durch einen vergleichenden Blick auf die Rs. C-201/02 und C-226/08 wird sodann die besondere Relevanz des Vorliegens einer Vertragsverletzung augenfällig, da eine Übertragung der Aussagen des EuGH in der Rs. C-201/02 es mit sich bringen könnte, anders als in der kasuistisch bedingten Pflichtenlage in der Rs. C-226/08, bei einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung ebenfalls eine Pflicht zur Nachholung der Verträglichkeitsprüfung in Erwägung zu ziehen, die jedoch eng mit dem begangenen Vertragsverstoß zusammenhängen muss.

Zugleich ließe sich in Bezug auf die Rs. C-127/02 feststellen, dass, wenn dem Mitgliedstaat ex ante betrachtet hinsichtlich der Genehmigungserteilung kein Vorwurf zu machen ist, für den Fall, dass sich das Projekt doch als geeignet erweist, entsprechende Verschlechterungen oder Störungen hervorzurufen, die Annahme eines Vertragsverstoßes fernliegend erscheint und hierin der alleinige Verweis auf die Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL begründet sein könnte.

Soweit jedoch auch dann ein Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL anzunehmen sein sollte, wenn eine Vertragsverletzung vorliegt, muss es dagegen einen weiteren und letztlich allein maßgeblichen Grund für das Nichteingreifen einer Verpflichtung zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung bzw. ein alleiniges Eingreifen der Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL geben, der mit der Kenntnis über die Eignung zu Störungen oder Verschlechterungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL in Zusammenhang stehen muss.

IV. Abgrenzung der Pflichten nach Genehmigungserteilung

Steht damit im Grunde die Frage im Raum, ob nach Genehmigungserteilung den Mitgliedstaat Pflichten aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL oder zur Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung, wie in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL für die Zeit vor Genehmigungserteilung beschrieben, treffen, ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen überhaupt noch eine

Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung in Betracht kommt, da ansonsten nur noch Art. 6 Abs. 2 FFH-RL als Auffangregelung greifen kann.

In einem zweiten Schritt ist sodann zu untersuchen, ob in allen Fällen, in denen diese Voraussetzungen vorliegen, stets eine Verträglichkeitsprüfung stattzufinden hat oder ob es auch Konstellationen gibt, in denen stattdessen, gewissermaßen als Rückausnahme, allein die Pflichten der als Grundnorm in Betracht zu ziehenden Vorschrift in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL für die Zeit nach Genehmigungserteilung greifen.

1. Ausgangsüberlegung

In der Rs. C-226/08 betonte der EuGH erneut, dass grundsätzlich jedes Projekt dem Prüfprogramm des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL unterworfen ist. Diese Ausführungen betrafen aber nur die Frage, ob den Mitgliedstaat überhaupt dahingehende Pflichten treffen können. Darüber, welche Konsequenzen entstehen, wenn der Mitgliedstaat diese Pflicht nicht erfüllt, verhalten sie sich nicht. Für diesen Fall legt jedoch eine Übertragung der Aussagen in der Rs. C-201/02 eine Pflicht zur Nachholung der Verträglichkeitsprüfung nahe.

Dieses berechtigt zu folgenden Grundannahmen: Bei ordnungsgemäßer Abarbeitung der Pflichten aus Art. 6 Abs. 3 FFH-RL mangelt es für fortgesetzte Pflichten des Mitgliedstaates aus dieser Norm an einem Anknüpfungspunkt, da sich Art. 6 Abs. 3 FFH-RL nicht zu einer Überwachung des Projekts nach Genehmigungserteilung verhält. Stattdessen kann die Gewährleistung eines gleichwohl erforderlichen Schutzes der Natura-2000-Gebiete nur über Art. 6 Abs. 2 FFH-RL erfolgen.

Umgekehrt kann den Mitgliedstaat jenseits der besonderen Situation der Rs. C-226/08, die in dem Vorliegen einer umfassenden Genehmigung für gegebenenfalls mehrere Projekte aus der Zeit vor Ablauf der Umsetzungsfrist bestand, der Vorwurf einer Vertragsverletzung treffen und ihn zur Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung verpflichten.

Da daher regelmäßig zugleich nur in dieser Situation überhaupt eine fortgesetzte Pflicht zu einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL in Bezug auf bereits genehmigte Offshore-Windkraftprojekte bestehen kann, sind zur Überprüfung und Verfeinerung dieser Thesen drei z.T. miteinander inhaltlich verknüpfte Fragen zu beantworten:

- Wann lässt sich bei erteilten Genehmigungen von einem Vertragsverstoß sprechen, und welches sind die rechtswidrigen Folgen, die es zu beseitigen gilt?
- Steht die erteilte Genehmigung einer Pflicht zur Durchführung der Verträglichkeitsprüfung entgegen?
- Fehlt es nach Erteilung einer Genehmigung grundsätzlich oder im Einzelfall an einem Projekt?

Zugleich ist anhand der Antworten auf diese Fragen zu ermitteln, ob den Mitgliedstaat Pflichten nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL treffen und ob darüber hinaus Konstellationen bestehen, in denen allein die Pflichten dieser Regelung eingreifen.

2. Vorliegen eines Vertragsverstoßes

Die in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL geregelten Pflichten sind als Handlungspflichten zu qualifizieren, während Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL vor allem eine Unterlassungspflicht statuiert. Die Verletzung derartiger Handlungs- und Unterlassungspflichten des Sekundärrechts durch Mitgliedstaaten sind Standardbeispiele einer Vertragsverletzung, da das Unionsrecht nicht oder nicht korrekt beachtet wird.[952]

Ein Verstoß des Mitgliedstaates gegen die Handlungspflicht in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL ist nicht nur bei einem Unterlassen der Vorprüfung oder gegebenenfalls der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung insgesamt zu bejahen, sondern auch dann, wenn er im Rahmen der Vorprüfung Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele nicht zum Anlass für die Annahme eines Überwindens der Prüfschwelle genommen hat oder im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung nicht die erforderliche Gewissheit darüber erlangt hat, dass das Projekt keine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele hervorrufen könnte bzw. das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt.[953] Gerade hinsichtlich der letztgenannten Aspekte haben die vorstehenden Ausführungen gezeigt, dass es zumindest Ansatzpunkte in den textlichen Fassungen der Bescheide dafür geben könnte, dass die erteilten Genehmigungen im Einzelfall nicht über jeden Zweifel erhaben sein können.

Lässt der Mitgliedstaat das Projekt dennoch zu, besteht zugleich ein Verstoß gegen die Unterlassungspflicht nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL. Ein Verstoß gegen diese Unterlassungspflicht erfolgt auch dann, wenn die Abweichungsentscheidung selbst nicht den Anforderungen der Richtlinienvorgaben genügt.[954] Zu bedenken sind ferner die oben beschriebenen Auswirkungen einer nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung auf eine Entscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL.[955]

Mit Blick auf die dargestellten gravierenden Auslegungsfragen erscheint es denkbar, dass sich der Mitgliedstaat in einschlägigen Konstellationen auf den Standpunkt stellt, dass er seinerzeit gleichwohl nach bestem Wissen und Gewissen versucht habe, den Anforderungen der Richtlinie gerecht zu werden. Dieses Vorbringen wäre dann erfolgsversprechend, wenn ein Vertragsverstoß ein Verschulden des Mitgliedstaates voraussetzt.

Hinsichtlich der hiermit angesprochenen Reichweite des in Art. 4 Abs. 3 EUV zu verortenden Grundsatzes der Unionstreue ist jedoch anerkannt, dass allein ein

[952] *Burgi,* in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes, § 6, Rn. 44.
[953] Zu Einzelheiten oben 3. Kapitel, B., II.
[954] Näher oben 3. Kapitel, B., III.
[955] 3. Kapitel, B., III., 1.

objektiver Maßstab anzulegen ist und es mithin auf einen Schuldvorwurf gerade nicht ankommt.[956] Daher kann den Mitgliedstaat der Vorwurf eines Vertragsverstoßes unabhängig davon treffen, ob Auslegungsfragen unerwarteten Lösungen zugeführt wurden. Der im Rahmen der Genehmigungen von Offshore-Windparks bei der Verträglichkeitsprüfung gewahrte Standard ist somit selbst bei Einhaltung der seinerzeitigen oder sogar heutigen Erkenntnisse über das Anforderungsprofil der Richtlinien nicht grundsätzlich gegen den Vorwurf eines Vertragsverstoßes immun.

Die Anknüpfung eines möglichen Vorwurfs einer Vertragsverletzung allein an objektive Gesichtspunkte bringt es mit sich, weitergehend die Frage beantworten zu müssen, ob auch dann eine Vertragsverletzung anzunehmen ist, wenn eine sogar dem derzeitigen Auslegungsstand entsprechende Vorprüfung oder Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde, sich jedoch deren Ergebnisse als nicht belastbar erwiesen haben, der Mitgliedstaat jedoch seinerzeit die erforderliche Sorgfalt bei der Ermittlung angewendet hat – eine Situation, wie sie mit Blick auf die Unerforschtheit des Meeresbereichs hinsichtlich der Genehmigungen von Offshore-Windkraftanlagen gut vorstellbar ist.

Insofern ist zunächst im Einzelfall auf die Probe zu stellen, ob tatsächlich die strengen Anforderungen gewahrt wurden, da mit Blick auf die steten Hinweise auf die klärungsbedürftigen Bedingungen im Meeresbereich bei der Annahme bestmöglicher naturwissenschaftlicher Erkenntnisse eine gewisse Zurückhaltung angebracht sein kann.[957]

Zu berücksichtigen ist, dass sich der Ermittlung der naturfachlichen Gegebenheiten unter Zugrundelegung der besten bestehenden wissenschaftlichen Erkenntnisse eine Ex-ante-Bewertung anschließt, die, wie dargestellt, notwendigerweise subjektiver Natur ist.[958] Hat der Mitgliedstaat hierbei unter Rückgriff auf die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse die erforderliche Gewissheit für die Einordnung als verträglich gewonnen, hat er dem Pflichtenprogramm des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, auch nach objektiven Maßstäben, Genüge getan.[959]

3. Schlussfolgerung

Soweit der Mitgliedstaat dem Prüfprogramm des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL entsprochen hat, ist ein Vertragsverstoß gegen Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL nicht feststellbar. Gleiches gilt, wenn er auch fehlerfrei beachtet hat, dass keine Beeinträchtigung des Gebiets als solches nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL erfolgen darf.

In diesem Fall ist stattdessen einem gegebenenfalls gleichwohl zu Tage tretenden Schutzbedürfnis des Gebiets durch eine Anwendung der Auffangregelung in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL Sorge zu tragen, wie es der Gerichtshof in der

---

[956] *Kahl,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 53.
[957] Oben 3. Kapitel, B., II., 9., c), (3).
[958] Siehe oben 3. Kapitel, B., II., 9., c), (2).
[959] Näher 3. Kapitel, B., II., 9., c), (3).

Rs. C-127/02 befürwortet hat.[960] Die dortigen Ausführungen präzisierend ist darauf hinzuweisen, dass sich deren Pflichten im Interesse der übergeordneten Zielsetzung eines effektiven Flächenschutzes nicht erst mit dem Eintritt der Verschlechterung oder Störung aktivieren, sondern bereits dann, wenn sich eine dahingehende Eignung erweist.

Hat der Mitgliedstaat dagegen keine oder eine nicht ordnungsgemäße Verträglichkeitsprüfung durchgeführt oder fehlerhaft verkannt, dass das Gebiet als solches beeinträchtigt wird, trifft ihn grundsätzlich die in der Rs. C-201/02 betonte Pflicht zur Beseitigung der rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes. Gleiches gilt auch, wenn eine fehlerhafte Abweichungsentscheidung getroffen wurde.

4. Die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung zur Beseitigung rechtswidriger Folgen eines Vertragsverstoßes

Damit aktualisiert sich die Frage, ob der Mitgliedstaat zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung als Beseitigung der rechtswidrigen Folgen seines Vertragsverstoßes verpflichtet ist.

In der Rs. C-201/02 benannte der EuGH für den Fall einer unterlassenen UVP die durch den Mitgliedstaat zum Zwecke der Folgenbeseitigung vorzunehmenden Handlungen: Er hat die Genehmigung auszusetzen oder zurückzunehmen, um eine Vorprüfung sowie gegebenenfalls auch die UVP zu ermöglichen.[961] Die grundsätzlich in Betracht zu ziehende Übertragbarkeit der diesseitigen Ansätze, zumindest auf die hier auch in Rede stehende Konstellation des Unterlassens einer Verträglichkeitsprüfung, verdankt sich der vom EuGH bereits in anderen Zusammenhang betonten verfahrensrechtlichen Gemeinsamkeiten zwischen der UVP-RL und der FFH-RL[962], da weniger die materiellen Anforderungen in Rede stehen, sondern sich auch hinsichtlich der FFH-RL die Frage nach einer Verpflichtung zur Durchführung eines Prüfprogramms für den Fall stellt, dass die Genehmigung bereits erteilt wurde. Neben der Überprüfung dieser Überlegung ist zu erörtern, dass der EuGH in diesen Einlassungen nur die vorzunehmenden Handlungen benannte, nicht aber worin die zu beseitigenden rechtswidrigen Folgen selbst bestehen.

a) Unerheblichkeit des Vorliegens einer Genehmigung

Eine Übertragung des Ansatzes in der Rs. C-201/02 setzt zunächst voraus, dass trotz zwischenzeitlich erfolgter Zulassung die Durchführung einer Verträglich-

[960] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 37 – Muschelfischer.
[961] EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-201/02, Slg. I-723, Rn. 65 – Wells.
[962] Vgl. EuGH, Urt. v. 23.3.3006, Rs. C-209/04, Slg. I-2755, Rn. 58 – Lauteracher Ried; siehe hierzu weiterführend sowie mit Nachweisen zu anderen im Verfahren geäußerten Ansichten *Sobotta,* ZUR 2006, 535 (357 f.).

keitsprüfung nicht grundsätzlich unmöglich ist, obwohl an sich die in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL beschriebene Situation vor Genehmigungserteilung nicht mehr vorliegt.

Hierfür sprechen die Aussagen des Gerichtshofs in der Rs. C-226/08, der in der Tatsache, dass für ein Projekt bereits eine bestandskräftige Genehmigung erteilt wurde, keinen Grund dafür gesehen hat, dass die Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung nicht eingreifen soll.[963]

Gerade diesen Ausführungen des EuGH wird aber zu Recht vorgeworfen, gravierende und letztlich in der Sache grundlegende Aspekte ausgeblendet zu haben.[964] Dieses betrifft insbesondere die Tatsache, dass die Zustimmung des Mitgliedstaates im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL in Gestalt einer bestandskräftigen Genehmigung eigentlich bereits erfolgt ist, so dass zwar – wie vom EuGH zur Begründung herangezogen – gleichwohl ein Projekt vorliegen mag, für das eigentlich eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Aufgrund der bereits erfolgten Genehmigung ist eine Prüfung vor Zulassung zumindest derzeit jedoch rechtlich unmöglich. Der Schluss des EuGH, dass gleichwohl eine Vorabkontrolle in Gestalt einer Verträglichkeitsprüfung vorzunehmen ist, soll hier nicht in Zweifel gezogen werden. Allerdings hängen die Aussagen in der Luft, da sie unterstellen, dass die in Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL angesprochene Zulassung erst noch folge. Entsprechend ist der Bruch in der Argumentation schlicht unerklärlich, wenn der EuGH davon spricht, dass Projekte nur nach einer Verträglichkeitsprüfung „genehmigt" werden „können", aber sodann selbst von der Tatsache ausgeht, dass die Maßnahme bereits „nach nationalem Recht endgültig genehmigt wurde".[965]

Tatsache ist, dass der Gerichtshof implizit davon ausgegangen sein muss, dass die Projekte in dieser Hinsicht erst durch eine neue oder erneute Genehmigung, vor deren Erteilung die Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde, gestattet werden.[966] Für den hiesigen Fragenkreis ist daher jedenfalls im Ergebnis festzuhalten, dass ungeachtet des Vorliegens einer bestandskräftigen Genehmigung das Prüfprogramm des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL grundsätzlich einzuhalten ist. Da auch der Ansatz des EuGH in der Rs. C-226/08 letztlich in dem Grundsatz der Unionstreue wurzelt[967], ist im Rahmen der Folgenbeseitigungspflicht, trotz des an sich veränderten zeitlichen Ablaufs, ebenfalls kein Grund ersichtlich, in der zwischenzeitlichen Erteilung einer Genehmigung einen Hinderungsgrund für die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung zu erblicken.

Vom Ergebnis her ist daher das Vorliegen einer Zulassungsentscheidung oder sogar der Eintritt der Bestandskraft der Genehmigung für die Verpflichtung zur Durchführung der Verträglichkeitsprüfung grundsätzlich unerheblich.

---

963 EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 41 – Stadt Papenburg.
964 Kritisch *Glaser,* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, EuZW 2010, 222 (226).
965 EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 36 und 41, – Stadt Papenburg.
966 So offenbar auch *Stüer,* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, DVBl. 2010, 242 (245).
967 *Gärditz,* DVBl. 2010, 247 (249).

b) Bestimmung der rechtswidrigen Folgen

Gleichwohl ist damit noch nicht ohne Weiteres von einer Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-201/02, nach der eine Aussetzung oder Rücknahme der Genehmigung nebst Nachholung der eigentlichen Prüfung zu erfolgen hat, auszugehen, da zunächst genau zu bestimmen ist, worin die rechtswidrigen Folgen im Fall einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL bzw. der fehlerhaften Zulassung eines Projektes, das zu einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL führt, zu sehen sind, wobei auch die Unterschiede zwischen der UVP und der Verträglichkeitsprüfung nach der FFH-RL zu würdigen sind.

Die Ergebnisse einer UVP sind im Genehmigungsverfahren nur zu berücksichtigen.[968] Zwar führt daher auch die Unterlassung einer UVP zum Vorliegen sowohl eines Verstoßes gegen die Handlungspflicht zur Durchführung einer UVP als auch eines weiteren Verstoßes in Gestalt der fehlenden Berücksichtigung. Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL untersagt den Mitgliedstaaten allerdings die Erteilung einer Genehmigung und ist damit von einer Handlungspflicht, wie sie eine Berücksichtigungspflicht darstellt, zu unterscheiden.

Letztlich ist diese Situation trotzdem der Konstellation einer unterlassenen UVP vergleichbar. Auch bei einer erteilten Genehmigung ist eine Berücksichtigung im Genehmigungsverfahren an sich nicht mehr vorstellbar, so dass, wenn bereits bei einer Berücksichtigungspflicht die Folgenbeseitigung die vorherige Aussetzung oder Rücknahme der Genehmigung bedingte, dieses erst recht gelten sollte, wenn die Genehmigung gar nicht hätte erteilt werden dürfen.

Da aber durch die Rücknahme der Genehmigung im Rahmen der Konstellationen einer unterlassenen bzw. nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung auch der Verstoß gegen die Unterlassungspflicht selbst behoben wird, fragt sich, was als Beseitigung des Vertragsverstoßes selbst und was als Beseitigung der rechtswidrigen Folge der Verfehlung zu qualifizieren ist. Zugleich ist zu berücksichtigen, ob nicht auch bei einer nachgeholten Verträglichkeitsprüfung ohne vorherige Aussetzung oder Rücknahme jedenfalls dann, wenn diese zu dem Ergebnis führt, dass das Projekt verträglich ist, keine weiteren rechtswidrigen Folgen oder Vertragsverstöße mehr bestehen können.

Auf eine kurze Formel gebracht, droht also bei Überspringen der Frage nach den genauen rechtswidrigen Folgen eine Übergehung besonderer Gesetzmäßigkeiten und daher aufgrund einer unreflektierten Übertragung eine fehlerhafte Anwendung auf Situationen im Anwendungsbereich der FFH-RL. Ohnehin besteht die Notwendigkeit einer korrekten Qualifizierung, um auch Fälle der nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung oder der Verkennung einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches sicher beurteilen zu können, in denen

[968] Art. 8 UVP-RL.

Aussagen für den Fall einer vollständigen Unterlassung einer Prüfung naturgemäß nur einen ersten Anhaltspunkt bilden.

Eine nähere Bestimmung des Begriffs der rechtswidrigen Folge muss bei dessen Abgrenzung zur Definition des Vertragsverstoßes ansetzen. Hierunter ist jede Verletzung von Unionsrecht, das heißt auch von Sekundärrecht, zu verstehen.[969] Versucht man für die Abgrenzung zum Begriff der rechtswidrigen Folgen in die damit eröffnete Bandbreite denkbarer Vertragsverstöße eine Systematik zu bringen, kann man, ohne dass hiermit eine trennscharfe Klassifizierung in jedem Einzelfall beansprucht wird, zwischen einmalig begangenen und andauernden Vertragsverstößen differenzieren.[970]

So ist z.B. die unterlassene Vorlage einer nationalen Gebietsliste nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 FFH-RL ein Vertragsverstoß, der so lange andauert, bis die Vorlage erfolgt ist. Nicht jeder dauerhafte, dem Vertrag widersprechende Zustand ist jedoch selbst ein Vertragsverstoß. Dieses folgt zunächst daraus, dass es ansonsten für die Figur der rechtswidrigen Folgen keinen eigenständigen Bereich gäbe. Es ist aber auch schon deshalb einsichtig, weil der eigentliche Vertragsverstoß selbst in der Konstellation einer Vertragsverletzung durch eine einmalig begangene Handlung bzw. Unterlassung nach diesem Verstoß abgeschlossen ist und dieser „nur" einen dem Vertrag widersprechenden Zustand hinterlässt. Der Vertragsverstoß selbst wird jedoch nicht erneuernd fortgesetzt.

Gerade diese Situation liegt auch im Fall einer unterlassenen UVP vor, so dass der EuGH folgerichtig von einer rechtswidrigen Folge spricht. Die fehlende Prüfung und Berücksichtigung im Genehmigungsverfahren ist in diesem Sinne durch einen einmaligen, punktuellen Vorgang erfolgt. Resultat ist ein dem Unionsrecht widersprechender und damit rechtswidriger Zustand in Gestalt eines Projekts ohne durchgeführte UVP und einer Genehmigung, die aus Sicht des Unionsrechts fehlerhaft ist.

An diese Überlegungen anknüpfend, ist festzustellen, dass der Fall einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung oder einer Verkennung der Beeinträchtigung des Gebiets als solches ebenso gelagert ist. Die Vertragsverstöße werden durch punktuelle Handlungen begangen: der Genehmigungserteilung und der fehlenden bzw. nicht ordnungsgemäßen Prüfung. Rechtswidrige Folge ist eine dem Unionsrecht widersprechende Genehmigung und ein Projekt, das nicht ordnungsgemäß geprüft wurde.

c) Erheblichkeit der rechtswidrigen Folge

Die Rechtsprechung des BVerwG zur Unterlassung einer UVP gibt Anlass zu der Klarstellung, dass eine besondere Erheblichkeit der rechtswidrigen Folge nicht zu fordern ist. Wird anhand vorstehender Perspektive die Bedeutung der Fehler-

[969] *W. Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 258 AEUV, Rn. 33.

[970] Vgl. *Karpenstein,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 258 AEUV, Rn. 62 und *W. Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 260 AEUV, Rn. 7.

haftigkeit einer Genehmigung ohne vorhergehende ordnungsgemäße Durchführung einer unionsrechtlich vorgeschriebenen Prüfung eigentlich offenkundig, hielt das BVerwG bislang unverbrüchlich an seiner Auffassung fest, dass, gestützt auf § 46 VwVfG, maßgeblich sei, ob konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Behörde „ohne den Fehler anders entschieden hätte“.[971] Der hiermit gewährte Schutz vor bloßem Formalismus ist für Vorhabensträger großer Infrastrukturvorhaben, in deren Kreis sich auch Offshore-Windkraftvorhaben zwanglos einordnen, augenscheinlich von großer Bedeutung. Das BVerwG fordert bei Lichte betrachtet jedoch darüber hinausgehend den Nachweis einer inhaltlichen Auswirkung des Vertragsverstoßes, bevor diese national als beachtliche rechtwidrige Folge anerkannt werden soll.[972] Die Unzulässigkeit einer solchen Verteilung der Beweislast hat zwischenzeitlich der EuGH unmissverständlich herausgestellt.[973] Dieser Standpunkt überzeugt. Denn nach den vorstehenden Grundsätzen führt der Verstoß auch gegen die Pflicht zur Durchführung einer UVP stets zu einem rechtswidrigen Zustand. Ob es angesichts der nach der UVP-RL alleine zu beachtenden Berücksichtigungspflicht für die Ergebnisse der UVP überhaupt eine Fallgruppe geben mag, in der ein Gegenbeweis geführt werden kann, durch den bei Übertragung dieses Ansatzes des BVerwG weitergehende Maßnahmen als Selbstzweck erschienen,[974] kann in Bezug auf die in Rede stehende, nicht ordnungsgemäß durchgeführte Verträglichkeitsbewertung nach der FFH-RL allerdings dahinstehen. Denn angesichts der erforderlichen Überzeugungsbildung am Maßstab der Gewissheit und der zwingend vorgeschriebenen Versagung jeder Genehmigung im Übrigen ist ein solcher Selbstzweck schlechterdings nicht vorstellbar, so dass stets eine Erheblichkeit besteht.

d) Beseitigung der rechtswidrigen Folgen

Obwohl damit die rechtswidrigen Folgen klar zu identifizieren sind, ist die zunächst spiegelbildlich wirkende Seite der Folgenbeseitigung nicht zwangsläufig geklärt.

Der so beschriebene rechtwidrige Zustand setzt voraus, dass das Projekt weiter betrieben wird. Wird es fallen gelassen, fehlt es an einem Projekt und folglich auch an einem Zustand, der eine Verträglichkeitsprüfung bzw. Neubewertung der Beeinträchtigung des Gebiets als solches einfordert. Wird auch die erteilte Genehmigung aufgehoben, sind die rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes ganzheitlich behoben.

---

[971] BVerwGE 130, 83 (Rn. 38 ff.).

[972] Kritisch daher *Gassner,* NVwZ 2008, 1203 (1204 f.).

[973] EuGH, ZUR 2014, 36 (39 f.). Diese Einschränkung wird daher, trotz der grundsätzlichen Anerkennung der Möglichkeit einer Verneinung der Rechtsverletzung in derartigen Sachkonstellationen, eine Änderung der Rechtsprechung des BVerwG erfordern (so auch *Meitz,* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.11.2013, Rs. C-72/12, ZUR 2014, 36 [44]).

[974] Vgl. BVerwGE 130, 83 (Rn. 43) in Bezug auf die Unterlassung einer UVP; tendenziell ablehnend *Gassner,* NVwZ 2008, 1203 (1204 f.).

Gerade im Fall umfassender Infrastrukturvorhaben wie der Errichtung von Offshore-Windparks ist aufgrund der kostenintensiven Vorplanungen der praktisch naheliegende Fall indes, dass an dem Projekt festgehalten wird. Das Erfordernis, die Verträglichkeitsprüfung nachzuholen bzw. das Vorliegen einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches zu prüfen, ist dann unmittelbar Ausdruck der Folgenbeseitigungspflicht des Mitgliedstaates.

Weitergehend ist daran zu erinnern, dass die Verträglichkeitsprüfung als Vorabkontrolle ausgestaltet ist. Zugleich geht es in der Sache auch nach der Genehmigungserteilung nicht um die Erfüllung formaler Vorgaben als Selbstzweck in Gestalt einer durchzuführenden Prüfung, sondern darum, für die Gewährleistung des erforderlichen Schutzes der Genehmigung von Projekten eine Prüfung ihrer Verträglichkeit vorzuschalten. Diesem entspricht es spiegelbildlich, dass der EuGH bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung einer nach Genehmigungserteilung erstellten naturfachlichen Einschätzung schlichtweg jegliche Relevanz in Bezug auf eine unverändert bestehende Genehmigung abspricht.[975] Die Nachholung einer Verträglichkeitsprüfung und gegebenenfalls die Prüfung einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches haben daher vor einer erneuten Aktivierung der Genehmigung zu erfolgen. Erfordert eine Folgenbeseitigung somit zumindest eine Aussetzung der Genehmigung, ist die Rechtsprechung in der Rs. C-201/02 auch in der Sache übertragbar. Die vergleichsweise einfache Behebung über eine formlose Nachholung einer ordnungsgemäßen Prüfung ist dagegen aus diesem Grunde verwehrt.

Da jedoch die ohne die erforderliche Gewissheit über die Verträglichkeit und das Ausbleiben einer erheblichen Beeinträchtigung erteilte Genehmigung stets selbst einen rechtswidrigen Zustand kennzeichnet und damit anders als im Fall einer unterlassenen UVP nicht „nur“ unter einer fehlenden Berücksichtigung der Ergebnisse leidet, sondern sogar deren Erteilung unzulässig war, fragt sich, ob die Erlaubnis nicht grundsätzlich zum Zweck der Folgenbeseitigung aufzuheben ist. Andererseits ist auch zu bedenken, dass die Unionsrechtswidrigkeit der Genehmigung dann entfällt, wenn sich das Projekt im Rahmen der nachgeholten Verträglichkeitsprüfung als verträglich erwiesen hat bzw. im Rahmen der Neubewertung davon auszugehen ist, dass keine Beeinträchtigung des Gebiets als solches droht. Trotz des Vertragsverstoßes steht die Genehmigung dann inhaltlich mit dem Unionsrecht in Einklang, da es die Genehmigung nicht verhindert wissen will. Durch die Prüfung vor erneuter Aktivierung der Genehmigung bleibt zugleich das Anliegen des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL gewahrt, da durchaus eine Art Vorprüfung stattfindet. Daher muss, jedenfalls zunächst, auch eine Aussetzung der Genehmigung, unter Beachtung des Effektivitätsgebotes[976], genügen. Umgekehrt ist zumindest ohne eine Aussetzung der Genehmigung eine Folgenbeseitigung nicht vorstellbar, da die Prüfung vor Zulassung zu erfolgen hat.

---

975 EuGH, Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-304/05, Slg. I-7495, Rn. 72.

976 Vgl. 2. Kapitel, A., IV., 1., a).

Stellt sich im Rahmen der nachgeholten Prüfung dann die Unverträglichkeit des Projekts nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL heraus, ist die Genehmigung regelmäßig[977] endgültig zurückzunehmen, da mit diesem Ergebnis dem Mitgliedstaat eine Genehmigung des Projekts grundsätzlich endgültig verwehrt ist. Technisch lässt sich dieses damit begründen, dass sich im Fall einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches eine weitere rechtswidrige Folge in Gestalt des der „nur" ausgesetzten Genehmigung innewohnenden Anscheins der möglichen späteren Aufhebung der Aussetzung aktiviert, die es gleichsam zu beseitigen gilt.

e) Zwischenergebnis

Im Ergebnis sind daher nach den bisherigen Erkenntnissen die Mitgliedstaaten im Ausgangspunkt auch im Fall einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung im Rahmen ihrer Pflicht zur Beseitigung der rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes gehalten, die Durchführung einer ordnungsgemäßen Vorprüfung sowie gegebenenfalls der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung als Vorabkontrolle zu ermöglichen. Dieses kann beispielsweise durch Aussetzen oder Zurücknehmen der Genehmigung erfolgen. Entsprechendes gilt bei einer Verkennung der Maßgabe aus Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL, dass zu beachten ist, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt werden darf.

f) Folgenbeseitigung bei fehlerhaften Abweichungsentscheidungen

Leidet dagegen ausschließlich die Abweichungsentscheidung an einem Fehler, ist zu bedenken, ob dieser Mangel durch eine Nachbesserung behoben werden kann, wie es sich insbesondere bei einer unterlassenen Unterrichtung der Kommission anbietet. Ist die Behebung des Mangels möglich, kann auf diese Weise dem rechtswidrigen Zustand in Gestalt der dem Unionsrecht widersprechenden Genehmigungsentscheidung abgeholfen werden. Besteht eine derartige Möglichkeit nicht, ist das Projekt bereits als unverträglich bewertet worden und eine Abweichungsentscheidung im Ergebnis nicht statthaft, so dass zur Folgenbeseitigung nur die Möglichkeit besteht, die Genehmigung dauerhaft aufzuheben, wodurch gleichsam die rechtswidrige Folge beseitigt wird.

5. Das Vorliegen eines Projekts nach Genehmigungserteilung

Fraglich ist jedoch, ob dem Mitgliedstaat die Durchführung der anvisierten Verträglichkeitsprüfung auch dann noch möglich ist, wenn das Vorhaben schon in die Umsetzungsphase eingetreten ist, weil es trotz Weiterverfolgung durch den Vorhabensträger am Vorliegen eines Projekts als grundlegenden Anknüpfungspunkt für jede Verträglichkeitsprüfung fehlen könnte.

Untergliedert man die Phasen eines Offshore-Windkraftvorhabens in den Errichtungsvorgang, den Zustand, dass bereits Anlagen oder Anlagenteile

[977] Zur Einordnung von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL in diesem Zusammenhang siehe 4. Kapitel, A., VI.

errichtet wurden, sowie den Weiterbetrieb der Anlagen, eröffnet sich der Blick auf die denkbare Situation, dass die Errichtung der Anlagen bereits, gegebenenfalls teilweise, abgeschlossen sein kann. In diesem Fall fehlt es insoweit an jeder zukünftigen Tätigkeit, die noch Umweltauswirkungen zeitigen kann, und daher an dem für die Verträglichkeitsprüfung grundlegenden Erfordernis des Vorliegens eines Projekts, dessen Auswirkungen noch abgewehrt werden können. Gleichsam ist die rechtswidrige Folge der Zulassung der zukünftigen Errichtung der Anlage entfallen, da die Genehmigung in dieser Hinsicht bereits umgesetzt wurde.

Auch im Übrigen kann zunächst bei bereits in die Umsetzungsphase eingetretenen Vorhaben die Projektqualität wegen des fortgeschrittenen Vorhabenstadiums in Zweifel gezogen werden. Ähnlich wurde nachvollziehbarerweise bei einer Fragestellung zu einem nur fortdauernden, unveränderten Weiterbetrieb eines Parkplatzes ohne vorhergehenden Vertragsverstoß die fehlendende Projekteigenschaft als „offenkundig" angesehen.[978]

Allerdings kommen das Belassen errichteter Anlagen oder Anlagenteile selbst und der Fortbetrieb der Anlagen durchaus als Gegenstand eines auf seine Verträglichkeit zu prüfenden Projekts in Betracht.

Zum einen kann man aufgrund des vorhergehenden Vertragsverstoßes an das zunächst verfolgte Vorhaben in Gestalt der verbleibenden Teilstücke des ursprünglichen Projekts anknüpfen. Zugleich ist dessen erneute Zulassung bzw. Aktivierung der Genehmigung anvisiert.

Diesem verbleibenden Teil ist auch Projektqualität zuzusprechen. Es folgen ungeachtet einer bereits abgeschlossenen Verwirklichung des ursprünglichen Projekts weitere schutzgebietsrelevante Tatsachen, die sich als Eingriff in Natur und Landschaft und damit als ein Projekt im Sinne des aus der UVP-RL entlehnten Projektbegriffs[979] darstellen.

Durch diesen Ansatz erfolgt zwar eine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Projekts in mehrere Projekte. Denn anknüpfend an die entsprechenden Aussagen des EuGH in der Rs. C-226/08 zum Vorliegen eines einheitlichen Projekts[980] ist festzustellen, dass ursprünglich aufgrund des zweckgerichteten Zusammenhangs der hier unterschiedenen Projektphasen ein einheitliches Projekt von der Errichtung des Windparks bis zu seinem andauernden Betrieb vorlag. Allerdings wird alleine durch diese Unterscheidung vermieden, wegen einer eher bei wiederkehrenden Maßnahmen stimmigen Differenzierung zwischen einheitlichen und sukzessiven Projekten den auswirkungsbezogenen Projektbegriff des EuGH zu unterlaufen.[981] Dieser Bruch rechtfertigt sich daneben gerade aus der aufgrund des Vertragsverstoßes einzunehmenden Perspektive. Auch wenn nur Teile des ursprünglichen Projekts

[978] *Erbguth/Schubert,* DVBl. 2006, 591 (595).
[979] Siehe hierzu bereits oben 1. Kapitel, J.
[980] EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 47 – Stadt Papenburg.
[981] In diese Richtung wohl allgemein *Frenz,* NVwZ 2011, 275 (276 f.), jedoch mit einer abweichenden Einordnung der Bedeutung einer erteilten Genehmigung.

noch erfasst werden können, so lassen sich weiterhin noch Maßnahmen mit Projektqualität identifizieren, die vor ihrer Verwirklichung einer Vorabkontrolle durch eine Verträglichkeitsprüfung unterzogen werden müssen, da nur auf diese Weise der insoweit fortbestehende rechtswidrige Zustand des Fehlens einer ordnungsmäßen Verträglichkeitsprüfung beseitigt werden kann.

6. Weitere rechtswidrige Folgen des Vertragsverstoßes

Wenn das nicht ordnungsgemäß auf seine Verträglichkeit geprüfte Projekt schon in die Realisierungsphase eingetreten ist, stellen sich weitere klärungsbedürftige Fragen, weil die Errichtung zumindest teilweise bereits erfolgt ist und hierdurch unter Umständen nachteilige Auswirkungen drohen. Zugleich können bereits Schäden am Naturhaushalt eingetreten sein.

Derartige Umstände lassen sich letztlich ebenfalls als Folgen des Vertragsverstoßes begreifen, da sie nicht mit Billigung des Mitgliedstaates hätten geschaffen werden dürfen bzw. etwaige Schäden bei Durchführung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung zu verhindern gewesen wären. Da sie zum Anliegen des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL in Widerspruch stehen, ist die Qualifizierung als rechtswidrige Folge nebst der Annahme einer Pflicht zu einer rückwirkenden und umfassenden Folgenbeseitigung nicht unbedingt fernliegend.

Ob ein derart weitgehendes Verständnis des wenig konturscharfen Begriffs der „Beseitigung der rechtswidrigen Folgen“, das letztlich alle durch den Vertragsverstoß verursachten Folgen, die bei ordnungsgemäßer Beachtung des Unionsrechts nicht entstanden wären, erfasst, vom EuGH bezweckt ist, kann mangels belastbarer und einheitlicher Anhaltspunkte in dessen Ausführungen nicht beurteilt werden und wird in der Literatur selbst für den Fall der Feststellung eines Vertragsverstoßes im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens höchst unterschiedlich interpretiert.[982]

Ist damit erst recht ein dahingehender Gehalt der Treuepflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV nur schwer bestimmbar, bietet es sich an, eine Antwort auf die eigentlich interessierende Frage etwaiger Pflichten des Mitgliedstaates anhand der bestehenden Pflichten aus der FFH-RL selbst zu entwickeln.

Art. 6 Abs. 3 FFH-RL verpflichtet unmittelbar nur zu einer Ex-ante-Prüfung sowie dazu, sich einer Zulassung des Projekts bei dessen Unverträglichkeit zu enthalten. Ungeachtet der Frage, ob dieser Situation unter Umständen durch eine Folgenbeseitigung in Gestalt der Nachholung einer Verträglichkeitsprüfung nachträglich gerecht zu werden ist bzw. ob eine nachgelagerte Auseinandersetzung mit einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches zu erfolgen hat und ob dieses die Aussetzung oder Rücknahme der Genehmigung einschließt, wird in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL nicht geregelt, wie sich der Mitgliedstaat gegenüber ungenehmigten oder nicht so zu genehmigenden Vorhaben zu verhalten hat, sondern dieses im Grundsatz der Autonomie der Mitgliedstaaten überlassen. Schon aus

[982] Vgl. die Darstellung bei *W. Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 260 AEUV, Rn. 7.

Gründen eines effektiven Flächenschutzes muss jedoch Sorge dafür getragen werden, dass der der bezweckten Kontrolle zugedachten Verantwortung nachgekommen wird und diese nicht durch zwischenzeitliche Verwirklichungsschritte faktisch unterlaufen wird. Die engen Grenzen dieses Freiraums sind also deutlich zu erkennen.

Die entscheidende Norm, die den Mitgliedstaat, obwohl er insoweit nunmehr in Erfüllung seiner Folgenbeseitigungspflicht in vertragsgemäßer Weise die Zulassung nicht bzw. nicht mehr erteilt, auch dazu verpflichtet, weitere Maßnahmen zu ergreifen, ist jedoch nicht Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, sondern Art. 6 Abs. 2 FFH-RL.

Dieses folgt aus den Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL zugedachten Anwendungsfällen. Während die in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL geregelte Pflicht zur Durchführung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung ihre Entsprechung in der nachgeholten Prüfung bzw. die Unterlassungspflicht in Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL ihr Gegenstück in einer gegebenenfalls endgültigen Genehmigungsaufhebung findet, fanden die nun in Rede stehenden Maßnahmen in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL keinen Ausdruck, da dessen Aufgabe gerade ist, ein derartiges Vorgehen überflüssig zu machen. Regelungen für ein Scheitern des zugedachten Anliegens wurden in dieser Vorschrift nicht getroffen. Dieses spricht unmittelbar dafür, Art. 6 Abs. 2 FFH-RL als Auffangregelung und den generellen Schutzstandard verbürgende Norm, auf derartige grundlegendere Fälle anzuwenden, um einer nicht bezweckten Schutzlücke vorzubeugen. Im Ergebnis trifft den Mitgliedstaat daher auch in derartigen Fällen die Pflicht, Verschlechterungen und Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL aufgrund des zwischenzeitlich eingetretenen Zustands zu vermeiden.

Verpflichtet diese Norm zur Abwehr aller von der Anlage oder ihrem Betrieb ausgehender Verschlechterungen der Habitate der geschützten Arten oder Lebensraumtypen sowie erheblicher Störungen der Arten,[983] werden die unverträglichen Auswirkungen aufgrund des Gleichaufs des Schutzstandards bereits ganzheitlich erfasst. Entsprechend ist neben der Unterbindung einschlägiger zukünftiger Pessimierungen aufgrund eines unveränderten Weiterbetriebs auch eine zu verhindernde Auswirkung durch die Existenz der Anlagen selbst abzuwehren.

Soweit durch erfolgte Realisierungsschritte bereits Schäden am maßgeblichen Naturhaushalt eingetreten sind, aktiviert regelmäßig ebenfalls bereits die FFH-RL einschlägige Pflichten. Denn verpflichtet Art. 6 Abs. 1 FFH-RL zur Ergreifung der notwendigen pflegenden Maßnahmen, lassen sich hierunter auch zum Ausgleich von Schäden am Naturhaushalt zu ergreifende Maßnahmen fassen.[984] Durch das vertragswidrige Verhalten sind insoweit Spielraumverengungen und Prioritätenverschiebungen zu erwarten. Etwaige Grauzonen beseitigen sodann die

983 Siehe 3. Kapitel, B., II., 4.

984 Siehe 3. Kapitel, A.

ergänzend hinzutretenden Sanierungspflichten aufgrund der nationalen Umsetzungsvorschriften zur Umweltschadensrichtlinie[985], nach denen gem. § 19 BNatSchG auch Sanierungspflichten bei Schädigungen von Arten und Lebensraumtypen der im Rahmen dieser Arbeit thematisierten Richtlinien bestehen können, vor allem dann, wenn die Tätigkeit genehmigt wurde, ohne dass die nachteiligen Auswirkungen hierbei erkannt worden sind.

Da dieser Gesichtspunkt selbst mit zahlreichen, z.T. grundlegenden Problemen behaftet und Gegenstand zahlreicher Diskussionsstränge ist, werden entsprechende Fragen der Folgen von Schädigungen der Arten und Lebensraumtypen im Weiteren mit Rücksicht auf den zur Verfügung stehenden Raum insoweit ausgeblendet.[986]

7. Keine Verträglichkeitsprüfung bei Eignung zu Verschlechterungen und Störungen

Die bisherigen Überlegungen haben zu dem Ergebnis geführt, dass bei einer ordnungsgemäß durchgeführten Verträglichkeitsprüfung im Fall einer nachträglich erkennbar werdenden Eignung zu Verschlechterungen und Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL, trotz erteilter Genehmigung und der Spezialregelung in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, den Schutzgewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL Geltung zu verschaffen ist. Die denkbare Spannbreite der zu ergreifenden Maßnahmen reicht von der Aufhebung der Genehmigung bis hin allein zu schadensbegrenzenden, gegebenenfalls auch nur temporären Anordnungen. Daneben spricht im Grundsatz bei unterlassenen oder fehlerhaften Verträglichkeitsprüfungen bzw. einer verkannten Beeinträchtigung des Gebiets als solches viel für eine Pflicht des Staates zur Nachholung einer ordnungsgemäßer Prüfungen.

Ausgeblendet wurde hierbei bisher, inwieweit in letztgenannten Konstellationen auch ein Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL bestehen kann, wenn sich herausstellt, dass das Projekt doch geeignet ist, Störungen oder Verschlechterungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorzurufen und wie sich dieses zu den vorstehend herausgearbeiteten Pflichten verhält.

Festzustellen ist, dass auch in diesem Fall kein gleichzeitiger Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL besteht und die alleinige Anwendung der Regelung in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu erfolgen hat:

---

[985] Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (ABl. EU Nr. L 143 v. 30.4.2004, S. 56), zuletzt geändert durch Art. 38 Abs. 1 der Richtlinie 2013/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.6.2013 (ABl. EU Nr. L 178 v. 28.6.2013, S. 66).

[986] Vgl. hierzu im vorliegenden Zusammenhang auch *Sobotta,* ZUR 2006, 353 (357) sowie weiterführend zu den mit dem Umweltschadensgesetz verbundenen Fragenkreisen die Überblicke bei *Ruffert,* NVwZ 2010, 1177 (1177 ff.) sowie *Lau,* ZUR 2009, 589 (589 ff.). Aspekte der Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 1 FFH-RL wurden bereits vorstehend vom hiesigen Prüfungsgegenstand ausgenommen [3. Kapitel, A.].

Nach den hier auf Zustimmung stoßenden Überlegungen des EuGH besteht zwischen dem Schutzstatus nach Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL ein Gleichauf.[987] Folglich kann ein Projekt, das geeignet ist, Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorzurufen, von vorneherein eine Verträglichkeitsprüfung nicht bestehen und wird das Gebiet als solches im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL beeinträchtigen. Aufgrund der feststehenden Unverträglichkeit des Projekts sind erneute Ermittlungen des Mitgliedstaates in dieser Situation somit sinnlos.[988] Die Verträglichkeitsprüfung verfolgt jedoch keinen Selbstzweck, sondern eine Vorabkontrolle, durch die ermittelt werden soll, ob ein Projekt verträglich ist. Entsprechend ist daher in Anlehnung an die Überlegungen des EuGH in der Rs. C-127/02[989] auch in diesem Fall einer bereits bestehenden Kenntnis davon auszugehen, dass etwaige Maßnahmen allein auf der Grundlage der in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL geregelten Verpflichtung zu ergreifen sind.[990] – dieses, so ist einschränkend hinzuzufügen, allerdings nur so weit, wie die Verschlechterungen oder Störungen nicht durch schadensverhindernde oder -begrenzende Maßnahmen abgewendet werden sollen und das Projekt derart verändert weiterverfolgt wird. Denn dann wird zwar die insoweit festzustellende Unverträglichkeit abgewendet; ob das weiterverfolgte, modifizierte Projekt jedoch tatsächlich verträglich oder unverträglich ist, ist erst noch im Rahmen der Folgenbeseitigung zu prüfen.

Sind dagegen mangels anderweitiger Erkenntnisse aufgrund der unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung etwaige Verschlechterungen oder Störungen „nur“ zu befürchten, wird damit der Anwendungsfall einer Vorabkontrolle skizziert. Für diese Prüfung enthält Art. 6 Abs. 3 FFH-RL die maßgeblichen Vorgaben, so dass dessen Anliegen trotz erfolgter Genehmigung im Rahmen der Folgenbeseitigung Sorge zu tragen ist.

In praktischer Hinsicht ist mit Blick auf die in Rede stehenden Offshore-Windparks darauf hinzuweisen, dass mit Erkenntnissen über eine Eignung zu Verschlechterungen oder Störungen letztlich vor allem in der Umsetzungsphase zu rechnen ist. Die gewonnene Lösung überzeugt daher auch unter Wertungsgesichtspunkten, trägt sie doch zuvor erörterten Bedenken, dass in der Umsetzungsphase die Annahme eines Projekts erschwert sei, weitgehend Rechnung.

Die Situation unklarer Auswirkungen ist dagegen vor allem vor Eintritt in die Umsetzungsphase zu erwarten, da das Projekt selbst noch keine Störungen oder Verschlechterungen herbeiführen oder Anhaltspunkte hierfür liefern kann.

Es ist jedoch festzuhalten, dass sich die Erforschungspflicht aus Art. 6 Abs. 3 FFH-RL grundsätzlich auch dann aktualisiert, wenn die Auswirkungen trotz

---

[987] Siehe 3. Kapitel, B., II., 4.

[988] Zu weitergehenden Überlegungen mit Blick auf Art. 6 Abs. 4 FFH-RL siehe 4. Kapitel, A., VI.

[989] EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-127/02, Slg. I-7405, Rn. 37 – Muschelfischer.

[990] Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen in den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 54 ff.

Beginn der Projektumsetzung noch unklar bleiben. Umgekehrt gilt, dass bei im Zusammenhang mit anderen Offshore-Windkraftprojekten erlangten Kenntnissen auch bereits eine Eignung des Projekts zu Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu Tage getreten sein kann, so dass in diesem Fall alleine die Pflichten aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL greifen.

8. Prüfpflichten aufgrund der Verpflichtung aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL

Diese Erkenntnisse stehen auch nicht in Widerspruch zu einer Einlassung des Gerichtshofs in der Rs. C-6/04 zu nachträglichen Prüfpflichten auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 FFH-RL. Der EuGH machte in diesem Verfahren deutlich, dass Art. 6 Abs. 3 FFH-RL gerade nicht die Verpflichtung zu entnehmen ist, bestehende Genehmigungen zu überprüfen, dass diese Aufgabe sich aber aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL ergeben kann.[991]

Zunächst ist festzustellen, dass es in der Rs. C-6/04 allgemein um die normative Umsetzung der Richtlinienbestimmungen ging.[992] Aus diesem Blickwinkel erklärt sich, dass die Einlassung des EuGH so zu verstehen ist, dass Art. 6 Abs. 3 FFH-RL nicht dergestalt umzusetzen ist, dass eine nachträgliche Überprüfung bestehender Genehmigungen angeordnet wird, sondern dass das Umsetzungsrecht nur eine Vorabkontrolle zukünftiger Genehmigungen etablieren muss.

Dieser Aussage des EuGH ist uneingeschränkt zuzustimmen, zielt Art. 6 Abs. 3 FFH-RL doch auf eine Vorabkontrolle, die naturgemäß vor Erteilung der Genehmigung zu erfolgen hat. Sie verwehrt zugleich nicht die Verpflichtung zu einer Folgenbeseitigung bei einer Unterlassung der Verträglichkeitsprüfung oder nicht ordnungsgemäßen Abarbeitung des Prüfprogramms.

Für die hier angesprochenen Konstellationen steht weitergehend außer Zweifel, dass eine solche Vorabkontrolle vor Genehmigungserteilung durchzuführen ist, so dass in der Sache keine „bestehende Genehmigung“ im Sinne der Rs. C-6/04 vorliegt, für die keine Verträglichkeitsprüfung zu erfolgen hat. Fortgedacht ist der zu einer Pflicht zur Nachholung der Verträglichkeitsprüfung führende Anknüpfungspunkt daher in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung genau genommen nicht mehr Art. 6 Abs. 3 FFH-RL selbst, sondern die vorangehende Verkennung der in dieser Norm geregelten Pflicht zur Durchführung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung, die zu rechtswidrigen Folgen geführt hat.

Soweit man dennoch geneigt ist, den Ausführungen des EuGH grundsätzlich die Tendenz entnehmen zu können, dass in allen Fällen nachträglicher Prüfungen stets, das heißt unabhängig von einer Eignung zu Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL, ein Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL besteht und man dieser Norm, nicht aber den Treuepflichten, entsprechende Prüfpflichten entnehmen will, ist zu berücksichtigen, dass die vom

---

[991] EuGH, Urt. v. 10.10.2005, Rs. C-6/04, Slg. I-9017, Rn. 58.
[992] EuGH, Urt. v. 10.10.2005, Rs. C-6/04, Slg. I-9017, Rn. 57.

EuGH in den Blick genommenen bestehenden Genehmigungen vor allem solche waren, die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist ergangen sind.[993] Daher entspricht dieser Ansatz des Gerichtshofs letztlich dem auch in der Rs. C-226/08 verfolgten, nach dem für derartige Altgenehmigungen keine Pflicht zu einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL besteht, gleichwohl aber Pflichten aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL greifen können. Für alle übrigen Projekte bleibt es dagegen bei der grundsätzlichen Pflicht zu einer Vorabkontrolle im Sinne des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL und bei einem Verstoß gegen diese Pflicht, abgesehen von Fällen, in denen die Eignung zu Verschlechterungen und Störungen bereits hervorgetreten ist, bei einer Pflicht zur Nachholung der Verträglichkeitsprüfung.

Gleichwohl führt der Ansatz des EuGH in der Rs. C-6/04 zu einer letzten Verfeinerung des hier ermittelten Systems. Spiegelbildlich zu der hier aufgrund der ursprünglich regelmäßig bestehenden Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung und der Beachtung des Ausschlusses einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches für Offshore-Windparks erfolgten Herleitung des mitgliedstaatlichen Pflichtenkanons verfolgt der EuGH in der Tendenz den übergeordneten Ansatz, dass dann, wenn keine anderweitige Prüfpflicht besteht, die Regelung in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL auch zu einer nachträglichen Prüfpflicht führen kann. Dieses entspricht dem sachgerecht erscheinenden Verständnis des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL als Auffangregelung und ist auch materiell der Verpflichtung zum Ergreifen geeigneter Maßnahmen zur Vermeidung von Verschlechterungen und Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zuzuordnen, da derartige Prüfpflichten, wie Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL belegt, bereits durch den Richtliniengeber für geeignet befunden wurden, den geforderten Schutz zu gewährleisten. Eine solche Prüfung ist immer dann erforderlich, wenn es an Erkenntnissen über die (Un-)Verträglichkeit des Projekts aufgrund einer vormals nicht ordnungsgemäß durchgeführten Verträglichkeitsprüfung oder Verkennung der Maßgabe des Ausschlusses einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches mangelt, keine Pflicht zur Nachholung der Prüfung im Übrigen besteht und über die Auswirkungen auch zwischenzeitlich keine hinreichenden Erkenntnisse gewonnen wurden. Während sich Letzteres insbesondere bei einer Eignung zu Verschlechterungen und Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL nicht annehmen lässt, ist wegen der ansonsten regelmäßig bestehenden Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung bei Vorliegen eines Vertragsverstoßes vor allem an solche Konstellationen zu denken, in denen die Pflicht zur Verträglichkeitsprüfung gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL noch nicht eingegriffen hat, da die Listung des Gebiets erst nach Genehmigungserteilung erfolgt ist.[994]

---

[993] *Sobotta,* ZUR 2006, 353 (357).

[994] Zu Fragen von Vorwirkungen der FFH-RL siehe im Einzelnen unten 4. Kapitel, B.

9. Vereinfachung durch Worst-Case-Betrachtung

Die Annahme einer Pflicht zur Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung und zur Prüfung des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches nebst Aussetzung oder Rücknahme der Genehmigung ist für den Vorhabensträger alles andere als unproblematisch. Obwohl dennoch Verzögerungen eintreten werden, ist, soweit der Sachverhalt auf diese Weise sachgerecht erfasst werden kann, eine gewisse Verfahrenserleichterung auch im Fall einer unterlassenen oder defizitär durchgeführten Verträglichkeitsprüfung bzw. einer Verkennung der Vorgabe aus Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL dadurch zu erreichen, dass ein Worst-Case-Szenario zugrunde gelegt wird. Ist die Verträglichkeit des Projekts gleichwohl gegeben, unter Umständen sogar bereits auf den ersten Blick, kann sich das gezeichnete Szenario im optimalen Fall, z.B. im Hinblick auf die dargestellten, mitunter sehr großen Entfernungen zu den Schutzgebieten in der Nordsee, bis hin zu einer Handhabung in einer juristischen Sekunde verdichten.

Ein letztlich ähnlicher Gedanke lässt sich auch hinter der Rechtsprechung des BVerwG zur Unterlassung einer UVP vermuten, das selbst mit Blick auf die unionsrechtliche Verpflichtung, alle rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes zu beseitigen, verlangt, dass die konkrete Möglichkeit bestehen muss, dass das Ergebnis der Durchführung einer UVP auf das Verfahren überhaupt hätte Einfluss nehmen können, da die UVP kein Selbstzweck sei.[995] In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass ganz ähnlich auch im Wege einer Worst-Case-Betrachtung als Entscheidungsgrundlage die Durchführung einer umfangreichen Verträglichkeitsprüfung entbehrlich werden kann, da deren Ergebnis letztlich bereits feststeht – jedoch, so ist mit Blick auf den Ansatz des BVerwG ergänzend hinzuzufügen, weniger, weil eine Pflicht zur Folgenbeseitigung entfällt, sondern weil diese hiermit bereits erfolgt ist.

V. Die Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten

Für den Projektträger ist die Erfüllung der vorstehend beschriebenen Pflichten zwangsläufig mit z.T. einschneidenden Einschränkungen verbunden. Während im Bereich der Folgenbeseitigungspflicht die Aussetzung oder Rücknahme der Genehmigung und Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung im Vordergrund steht, sich hierin jedoch im Einzelfall nicht erschöpfen kann, ist im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL auch unmittelbar an Betriebsuntersagungen und Um- oder Rückbauanordnungen als zu ergreifende Maßnahmen zu denken.

Angesichts der zunächst erlangten Rechtsposition des Projektträgers in Form der erteilten Genehmigung fragt sich daher, inwieweit Vertrauensschutzgesichtspunkte Berücksichtigung zu finden haben.

---

[995] BVerwGE 130, 83 (Rn. 43); siehe aber 4. Kapitel, A. IV., 4., c).

Bereits aus grundsätzlicher Perspektive ist jedoch zu erkennen, dass die Gewährung von Vertrauensschutz nicht problemlos ist. Auch beim administrativen Vollzug ist das Effektivitätsprinzip zu beachten.[996] Dieses hat auch der EuGH in seinem Urteil zu der Rs. C-201/02 betont. Zugleich unterliefe die Gewährung von Vertrauensschutz die Erfüllung einer Verpflichtung aus der FFH-RL bzw. der Folgenbeseitigungspflicht. Entsprechend steht EuGH der Gewährung von Vertrauensschutz tendenziell zurückhaltend gegenüber.[997]

Dieser Konflikt wird oberflächlich dadurch gelöst, dass diese unionsrechtlichen Maßgaben selbst im Lichte des der Rechtsordnung des Unionsrechts immanenten Grundsatzes des Vertrauensschutzes zu bestimmen sind.[998] Die Frage, welcher Gesichtspunkt sich im Einzelfall durchzusetzen vermag, ist jedoch gerade danach zu entscheiden, welche Bedeutung man den Interessen jeweils beimisst, so dass ein grundsätzlicher Vorrang des Vertrauensschutzes oder des sonstigen Unionsrechts nicht besteht.

Die Sichtung des Schrifttums zeigt, dass Untersuchungen zu Vertrauensschutzgesichtspunkten gerade auch im Hinblick auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH zu Nachsteuerungen im Zusammenhang mit den Gewährleistungen von Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 FFH-RL zwar angemahnt werden[999], jedoch eine genauere Bestimmung bislang unter dem Eindruck der erheblichen Schwierigkeiten bei der Errichtung des Gebietsnetzes nahezu vollständig außen vor geblieben ist. Aufgrund dieser Ausgangslage bietet es sich an, die fortgeschrittenen Überlegungen zum Vertrauensschutz bei unionsrechtswidrig gewährten Beihilfen fruchtbar zu machen.

Wie diesseitig herausgearbeitet, ist das Spannungsverhältnis zwischen Vertrauensschutz des Einzelnen einerseits und dem Interesse an einer Durchsetzung des Unionsrechts andererseits durch eine Abwägung zu lösen, bei der vielfach Vertrauensschutzgesichtspunkte zurückzutreten haben.[1000] Obwohl damit der jeweilige Einzelfall angesprochen ist, lassen sich aus Teilaspekten abstrakte Tendenzen herausarbeiten.

Das zu berücksichtigende Interesse der Union besteht, allgemein betrachtet, vorliegend in einem effektiven Schutz der Natura-2000-Gebiete. Insofern wird man zunächst der Beachtung etwaiger Pflichten aus Art. 6 Abs. 3 FFH-RL für das Funktionieren des Schutzsystems des Natura-2000-Netzwerks eine grundlegende Bedeutung beizumessen haben. Weitergehend ist zu bedenken, dass, je maßgeblicher die Schäden für das Netzwerk oder die Gebiete sind, desto eher sich die

---

[996] *Kahl,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 62.

[997] Siehe den Überblick bei *Frenz,* NVwZ 2011, 275 (276).

[998] Im Zusammenhang mit der Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen entsprechend EuGH, Urteil v. 20.9.1990, C-5/89, Slg. I-3457, Rn. 13 – BUG-Alutechnik.

[999] *Sobotta,* ZUR 2006, 353 (357); *Gärditz,* DVBl. 2010, 247 (249 f.).

[1000] *Mederer,* in: v. d. Groeben/Schwarze, Art. 88 Rn. 67 f. Einen vergleichbaren Ansatz verfolgt auch *Gärditz,* DVBl. 2010, 247 (249 f.) mit Blick auf das Urteil des EuGH in der Rs. C-226/08 (EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Slg. I-131 – Stadt Papenburg).

unionsrechtlichen Interessen gegenüber denen des Vorhabensträgers werden durchsetzen können.

Hingegen kann der Vertrauensschutz durch die Gegebenheiten des Einzelfalles eingeschränkt sein. Entsprechend wird die Berufung auf diesen Grundsatz bei Beihilfen, die ohne vorheriges Notifizierungsverfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV gewährt wurden, verneint, da der Begünstigte nicht auf die Ordnungsgemäßheit vertrauen durfte.[1001] Überträgt man diesen Gedanken auf die hiesigen Fallgestaltungen, kommt es daher entscheidend darauf an, ob der in die Genehmigung vertrauende Projektträger sich auf die Rechtmäßigkeit der Genehmigung verlassen durfte.

Ähnlich wie bei einem Ausfall der Anmeldung von Beihilfen wird man bei einer fehlenden Verträglichkeitsprüfung hiervon nicht ausgehen können, da sich der Projektträger für die Gewährung von Vertrauensschutz nicht nur über die habitatschutzrechtlichen Vorschriften zu informieren hat, sondern auch eine Obliegenheit besteht, sich über die Beachtung der grundlegenden Anforderungen dieser Vorschriften zu vergewissern. Dieses gilt umso mehr, als die habitatschutzrechtlichen Anforderungen für die Projekte im sensiblen Meeresbereich dem Betreiber bekannt sein werden.

Angesichts der umfangreichen Prüfverfahren vor Erteilung einer Genehmigung für Offshore-Windparks liegt der in praktischer Hinsicht naheliegende Fall dagegen vor allem in der Situation, dass die Verträglichkeitsprüfung zwar nach den besten wissenschaftlichen Erkenntnissen durchgeführt wurde, sich jedoch letztlich die Ergebnisse als nicht belastbar erweisen. Im Grundsatz sind damit Umstände beschrieben, die ein Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit der Genehmigung schützen.

Etwas anderes sollte nur dann gelten, wenn, nicht zuletzt im Hinblick auf die Unerforschtheit der Gegebenheiten im Meeresbereich, dem Vertrauen dadurch die Grundlage entzogen wird, dass die Belastbarkeit der gesammelten Erkenntnisse von vorneherein in Frage gestellt war.[1002] Soweit diese insgesamt bestehenden Unsicherheiten im Verfahren hinsichtlich des konkreten Projektes kontrovers diskutiert wurden, gegebenenfalls flankiert durch die im Zuge der Genehmigung angeordneten vorbereitenden Monitoringpflichten[1003], ist nicht auszuschließen, dass im Einzelfall Anlass bestanden haben kann, an der Einschätzung Zweifel zu hegen. Entsprechend wird sich dann im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung das insoweit nur wenig schutzwürdig erscheinende Vertrauen des Genehmigungsinhabers gegenüber dem bezweckten effektiven Schutz der Natura-2000-Gebiete kaum durchsetzen können.

[1001] EuGH, Urteil v. 20.9.1990, Rs. C-5/89, Slg. I-3457, Rn. 14 – BUG-Alutechnik.
[1002] Oben 3. Kapitel, B., II., 9., c), (3).
[1003] Hierzu näher 3. Kapitel, B., II., 9., b), (4) und (5).

VI. Einordnung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL

Bei der vorstehenden Ermittlung der grundsätzlichen Tragweite von Fehlentwicklungen nach Genehmigungserteilung wurde von den allgemeinen Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL ausgegangen. In Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ist jedoch die Möglichkeit vorgesehen, von diesem regelmäßig zu beachtenden Schutzstandard im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL abzuweichen.

Mit Blick auf den in diesem Zusammenhang ermittelten Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL ist zunächst festzuhalten, dass unter Anwendung von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL zugelassene Ausnahmen keine Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL darstellen, da anderenfalls die Regelung sinnentleert würde.[1004]

Wurde die vorher unterlassene ordnungsgemäße Prüfung der Verträglichkeit nachgeholt, das Projekt aber als Beeinträchtigung des Gebiets als solches bewertet, ist kein Grund ersichtlich, die analoge Anwendbarkeit der Abweichungsregelung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL zu verneinen. Dieses ergibt sich aus der Überlegung, dass der Schutzstandard durch eine bereits zu einem früheren Zeitpunkt mögliche Abweichungsentscheidung nicht unterlaufen werden kann.

Im Fall des Ergreifens von Maßnahmen aufgrund von Art. 6 Abs. 2 FFH-RL nach den vorstehend ermittelten Prinzipien muss dagegen eine (analoge) Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL als ungeklärt gelten.[1005] Zwar ist Art. 6 Abs. 4 als Ausnahmeregelung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 FFH-RL konzipiert worden und als solche nach allgemeiner Methodik eng auszulegen, so dass im herkömmlichen Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL eine Anwendung unstrittig zu verneinen ist.[1006] Entsprechend ist denkbar, dass diese Konzeption auch im vorliegenden Zusammenhang gerade dahingehend zu deuten ist, dass Ausnahmen nur vor Genehmigungserteilung gewährt werden sollen, so dass diese einen Anreiz für eine möglichst belastbare Verträglichkeitsprüfung bieten.

Soweit die Verschlechterungen und Störungen bereits im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung hätten berücksichtigt werden müssen, hätte allerdings unter den in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL geregelten Voraussetzungen eine Ausnahme zugelassen werden können. Demzufolge ist es nicht sachgerecht, die im Normalfall aus Gründen der Verhältnismäßigkeit für geboten erachteten Ausnahmemöglichkeiten dem Projektträger zu verwehren, da der Abwägung zwischen dessen Belangen und denen des Flächenschutzes keine veränderten inhaltlichen Bezugskoordinaten zugrunde gelegt werden können.

[1004] Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 50.

[1005] Ebenso i.E. mit Blick auf die Reservefunktion des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL *Sobotta,* ZUR 2006, 353 (357).

[1006] *Gellermann,* Natura 2000, S. 75; *Fischer-Hüftle,* NuR 2010, 34 (34); *Sobotta,* ZUR 2006, 353 (357); *Wrase,* NuR 2004, 356 (359).

Problematisch ist jedoch, dass sich das Projekt zwar ohne Weiteres als unverträglich dargestellt hat, es für eine Abweichungsentscheidung aber an dem notwendigen Substrat in Gestalt der Erkenntnisse über die genauen Auswirkungen des Projekts auf die Erhaltungsziele fehlt, da diese allein durch eine ordnungsgemäß nachgeholte Verträglichkeitsprüfung zu gewinnen sind.[1007] Auch für den Fall einer Abweichungsentscheidung muss daher aufgrund der fehlenden vorhergehenden ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung durch eine nachgeholte Prüfung sichergestellt werden, dass über die bereits erkennbare Eignung zu Verschlechterungen und Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hinaus keine weiteren Auswirkungen auf die Erhaltungsziele zu erwarten sind.

Geradezu wertungswidersprüchlich erschiene eine Unanwendbarkeit der Regelung in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, wenn hinsichtlich der Verträglichkeitsprüfung zwar kein Vorwurf gemacht werden kann, aber das Projekt dennoch geeignet ist, Störungen und Verschlechterungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorzurufen, da sich in diesem Fall selbst eine Anreiz- bzw. Straffunktion schwerlich bejahen ließe. Außerdem folgt aus der Unerkennbarkeit, dass eine Ausnahme seinerzeit nicht erteilt werden konnte, die Zwecksetzung dieser Möglichkeit, die Verhältnismäßigkeit zu wahren,[1008] jedoch gleichwohl Berücksichtigung beansprucht.

VII. Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, dass den Mitgliedstaat auch nach Genehmigungserteilung verschiedene Pflichten treffen können, wobei gegebenenfalls Vertrauensschutzgesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Zusammengefasst ergibt sich folgender Pflichtenkanon:

Hat der Mitgliedstaat das Programm des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bei Genehmigungserteilung ordnungsgemäß beachtet oder griff dieses mangels bisheriger Aufnahme des Gebiets gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL noch nicht ein, können ihn nach Genehmigungserteilung trotzdem Pflichten nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL treffen. Gleiches gilt dann, wenn trotz mangelhaft durchgeführter Verträglichkeitsprüfung die Eignung des Projekts zu Verschlechterungen und Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL bereits hervorgetreten ist. Damit erreicht die Auffangregelung entgegen der zunächst zu vermutenden Konzeption auch für Projekte erhebliche Bedeutung. Ist trotz einer dahingehenden Verpflichtung keine ordnungsgemäße Verträglichkeitsprüfung erfolgt und sind die Auswirkungen des Projekts noch unklar, ist der Mitgliedstaat verpflichtet, die Durchführung einer nachgeholten Prüfung zu ermöglichen.

Trotz der Ausgestaltung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL für eine Anwendung im Zusammenhang mit der Vorschrift in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL ist auch in diesem Rahmen jeweils eine Abweichungsentscheidung statthaft. War die Verträglich-

[1007] Vgl. 3. Kapitel, B., III., 1.

[1008] Siehe *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (276).

keitsprüfung fehlerhaft oder wurde sie gar unterlassen, ist dieses Vorgehen jedoch selbst bei erkannter Eignung des Projekts zu Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL mit der Notwendigkeit der Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung verbunden.

Eine allgemeine Antwort auf die Frage, welche Folgen auf Offshore-Windkraftvorhaben nach Genehmigungserteilung oder sogar nach Betriebsbeginn zukommen können, lässt sich daher nicht finden: Es kommt vielmehr auf den Einzelfall an. Nach den in den vorstehenden Kapiteln gewonnen Erkenntnissen, ist insbesondere an die Situation einer Fehlerhaftigkeit der Verträglichkeitsprüfung oder neuere naturwissenschaftliche Erkenntnisse zu denken. Verbindet sich mit den ermittelten Pflichten zugleich der Gedanke gravierender Einschnitte für den Vorhabensträger, hat sich auch gezeigt, dass grundsätzlich die Möglichkeit einer Rettung des Projektes, notfalls über eine Abweichungsentscheidung, besteht und unter Umständen die Fruchtbarmachung von Worst-Case-Betrachtungen die tatsächlichen Auswirkungen gegen null tendieren lassen können.

B. Die Tragweite von Vorwirkungen der FFH-RL

Die vorstehende Darstellung hat bereits deutlich gemacht, dass auch bei Flächen, die bei Genehmigungserteilung mangels Zugehörigkeit zum Kreis der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung noch nicht gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL den Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL unterlagen, den Mitgliedstaat Pflichten nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL ereilen können. Hieran anknüpfend ist sich nun dem bislang weitgehend ausgeklammerten besonders gelagerten Fall der Auswirkungen etwaiger Vorwirkungen der FFH-RL vor der Entstehung eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung zuzuwenden.

Derartige Vorwirkungen können hinsichtlich der im Jahr 2004 für die AWZ in der Nordsee gemeldeten Gebiete „Doggerbank“, „Sylter Außenriff“ und „Borkum-Riffgrund“, die erst 2007 Eingang in die Gemeinschaftsliste gefunden haben, sowohl vor als auch nach der Meldung bestanden haben, die dann seit dem Beginn der Genehmigungstätigkeit für Offshore-Windparks mit der Genehmigung des heute als „Alpha Ventus“ bezeichneten Vorhabens im Jahr 2001 bis zur Aufnahme der Gebiete in die Gemeinschaftsliste zu beachten waren. Das FFH-Gebiet im Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ unterlag dagegen gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL bereits seit 2004 den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. von § 34 Abs. 1 und 2 FFH-RL.[1009]

Es fragt sich daher, welchen Vorwirkungen diese Flächen seinerzeit überhaupt unterlegen haben, bevor die Konsequenzen für den Fall beurteilt werden können, dass diese Pflichten keine Beachtung gefunden haben.

[1009] Vgl. 2. Kapitel, A., II.

Zudem ist zu untersuchen, welche Pflichten den Mitgliedstaat vor Listenaufnahme treffen, wenn entgegen den heutigen offiziellen Annahmen das niedersächsische Küstenmeer oder die AWZ in der Nordsee doch weitere Gebiete enthält, deren naturfachliche Wertigkeiten darauf hindeuten, von dem Mitgliedstaat zwecks Anpassung der Gebietsliste nach Art. 4 Abs. 1 S. 4 FFH-RL vorgeschlagen werden zu müssen, bzw. wenn eine dahingehende Meldung erfolgt. Orientiert an der Kritik an den Gebietsabgrenzungen der bisher verzeichneten Gebiete[1010] gelten diese Überlegungen auch hinsichtlich etwaiger Fehlabgrenzungen.

I. Das Schutzregime in potenziellen FFH-Gebieten

Obwohl die Frage nach Vorwirkungen eine gewisse Nähe zu obenstehenden Überlegungen zu faktischen Vogelschutzgebieten[1011] aufweist, können die dort gefundenen Lösungen für nach der FFH-RL zur Entstehung zu bringende Gebiete nicht fruchtbar gemacht werden.[1012]

Anders als Vogelschutzgebiete, bei denen alleine die Mitgliedstaaten die Schutzgebiete auswählen, werden die Gebiete nach der FFH-RL in einem formalisierten Verfahren ausgewählt, das in Art. 4 Abs. 1 bis 3 FFH-RL niedergelegt ist. Von einer vergleichbaren Lage ließe sich daher erst ab der Aufnahme in die Kommissionsliste sprechen. Für diesen Zeitpunkt sieht Art. 4 Abs. 5 FFH-RL jedoch bereits die Entfaltung der Schutzgewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL vor.

Gleichwohl ist es, erst recht mit Blick auf die dargestellten erheblichen Verzögerungen, nicht hinnehmbar, Bereiche, die nach Ansicht der Fachwelt die Voraussetzungen eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung erfüllen, vollständig schutzlos zu stellen und hiermit Veränderungen zuzulassen, die letztlich die Auswahl der Fläche obsolet machen.

Das BVerwG geht daher mit Blick auf das unionsrechtliche Verbot, die Ziele einer Richtlinie „zu unterlaufen und vollendete Tatsachen zu schaffen, die geeignet sind, die Erfüllung der vertraglichen Pflichten unmöglich zu machen“[1013], von Vorwirkungen der FFH-RL auch bereits vor der Listenaufnahme des Gebiets aus und trägt der besonderen Ausgangslage durch die in seiner Rechtsprechung geprägte Rechtsfigur „potenzieller FFH-Gebiete“ Rechnung.[1014] Unter welchen Bedingungen ein solches potenzielles Schutzgebiet vorliegt und welche Schutzge-

[1010] Siehe 2. Kapitel, A., III., 2.
[1011] 3. Kapitel, D.
[1012] *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Vor § 31 BNatSchG, Rn. 18.
[1013] BVerwGE 116, 254 (257).
[1014] Grundlegend BVerwGE 107, 1 (21 ff.).

währleistungen im Einzelfall zu beachten sind, ist gleichwohl stets strittig geblieben.[1015]

Da die Diskussionsstränge vor allem an die durch das BVerwG entwickelten Ansätze anknüpfen, sind diese auch hier als Ansatzpunkt zu wählen.

Das Themenfeld sog. potenzieller FFH-Gebiete eröffnet sich, wenn es nach naturwissenschaftlichen Erkenntnissen frei von Zweifeln ist, dass die Kriterien des Anhangs III (Phase 1) FFH-RL gegeben sind.[1016]

Schon in seiner frühen Rechtsprechung hat das BVerwG allerdings Abstufungen vorgenommen. An den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL hat es sowohl Meldegebiete als auch Gebiete, die die Kriterien des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) FFH-RL zweifelsfrei erfüllen und deren Meldung der Mitgliedstaat daher pflichtwidrig unterlassen hat, gemessen, wenn deren Aufnahme in die Gemeinschaftsliste sich aufdrängte, was im Hinblick auf Anhang III (Phase 2) Nr. 1 FFH-RL insbesondere bei prioritären Lebensraumtypen oder Arten in Betracht kommen sollte.[1017]

Besteht dagegen nach derzeitiger Beurteilung auch die Möglichkeit, dass die Kommission sich gegen die Listenaufnahme entsprechender Gebiete entscheidet, sollten diese Flächen dagegen nach diesem Ansatz nicht derart „nachhaltig beeinträchtigt werden [dürfen], dass sie für eine Meldung nicht mehr in Betracht kommen".[1018]

Neue Impulse erhielt die Diskussion im Zuge einschlägiger Einlassungen des EuGH. Der Gerichtshof geht, gestützt auf den Wortlaut des Art. 4 Abs. 5 FFH-RL und die Möglichkeit einer abweichenden naturfachlichen Beurteilung der Kommission, davon aus, dass ein gemeldetes, aber noch nicht in die Gemeinschaftsliste aufgenommenes Gebiet selbst bei einer Beherbergung prioritärer Arten oder Lebensraumtypen nach den Erkenntnissen des Mitgliedstaates noch nicht dem Schutz des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL unterliegt. Er betonte aber zugleich die Pflicht des Mitgliedstaates, für die von ihm gemeldeten Gebiete „geeignete Schutzmaßnahmen zur Wahrung der […] ökologischen Bedeutung zu ergreifen."[1019] Hieran anknüpfend hat der EuGH in einem späteren Verfahren präzisiert, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass keine Eingriffe zugelassen werden, die die in Anhang III (Phase 1) FFH-RL benannten ökologischen Merkmale des gemeldeten Gebiets ernsthaft beeinträchtigen könnten.[1020] Beispielhaft geht der Gerichtshof von solchen relevanten Auswirkungen aus, „wenn ein Eingriff die Fläche des Gebiets wesentlich

[1015] Siehe hierzu *Berkemann/Halama,* Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien, Erläuterung, Rn. 183 ff. und *Gellermann,* Natura 2000, S. 121 ff., jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

[1016] BVerwG, NVwZ 2002, 1103 (1106) m.w.N.

[1017] Siehe insbesondere BVerwGE 116, 254 (257 ff.).

[1018] BVerwGE 112, 140 (157).

[1019] EuGH, Urt. v. 13.1.2005, Rs. C-117/03, Slg. I-167, Rn. 21 ff. – Draggagi.

[1020] EuGH, Urt. v. 14.9.2006, Rs. C-244/05, Slg. I-8445, Rn. 45 f. – BUND Naturschutz Bayern e.V.

verringern oder zum Verschwinden von in diesem Gebiet vorkommenden prioritären Arten führen oder aber die Zerstörung des Gebiets oder die Beseitigung seiner repräsentativen Merkmale zur Folge haben könnte.“[1021]

Diese Ausführungen verdienen Zustimmung, beugen sie doch einer Verschlechterung des Gebiets, die letztlich der Kommissionsentscheidung ihre sachlichen Grundlage berauben könnte, vor[1022] und beschränken zugleich zusätzliche Schutzregelungen gegenüber der Regelung des Art. 4 Abs. 5 FFH-RL auf das hierfür notwendige Maß.

Obwohl die Auseinandersetzung gleichwohl keineswegs als abgeschlossen angesehen werden kann[1023], ist mit der im Anschluss an diese Erkenntnisse des EuGH neu ausgerichteten Rechtsprechung des BVerwG daher davon auszugehen, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt ist, bei den in Rede stehenden Meldegebieten hinter dem Schutzstandard des Art. 6 Abs. 3 und Abs. 4 FFH-RL zurückzubleiben – und zwar ungeachtet der Tatsache, ob sich die Aufnahme beispielsweise durch die Beherbergung prioritärer Arten nach gegenwärtiger Beurteilung aufdrängt.[1024] Umgekehrt verbleibt es dabei, dass vorsichtshalber auch die Anwendung der Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL erfolgen darf, da dieser selbst bei Aufnahme der Gebiete in die Gemeinschaftsliste durch den Sekundärrechtsgeber für hinreichend befundene Schutzstandard jedenfalls angemessen ist[1025] – ein Weg, den auch das BSH in seiner Genehmigungspraxis fruchtbar gemacht hat.[1026]

Was dagegen noch nicht gemeldete Gebiete anbelangt, ist festzustellen, dass der EuGH über diese Konstellation bislang nicht zu befinden hatte, so dass aus dessen Überlegungen nicht auf Ablehnung etwaiger Vorwirkungen in diesen Fällen geschlossen werden kann.[1027] Weitergehend ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum die Erwägungen zur Sicherung des Aufstellungsverfahrens nicht auch in diesem Fall gelten sollen.[1028] Im Gegenteil darf in diesen Situationen das Aufstellungsverfahren erst recht nicht dadurch gefährdet werden, dass man unstrittig wertvolle Gebiete bereits vor Aufnahme in die nationale Gebietsliste ihrer ökologischen Merkmale entledigt.

[1021] EuGH, Urt. v. 14.9.2006, Rs. C-244/05, Slg. I-8445, Rn. 46 – BUND Naturschutz Bayern e.V.

[1022] EuGH, Urt. v. 14.9.2006, Rs. C-244/05, Slg. I-8445, Rn. 41 f. – BUND Naturschutz Bayern e.V.

[1023] Vgl. nur *Epiney,* NVwZ 2007, 1012 (1023); *Füßer,* NVwZ 2005, 628 (631 f.); *Hönig,* NuR 2007, 249 (251); *Kautz,* NVwZ 2007, 666 (667 f.); *Wagner/Emmer,* NVwZ 2006, 422 (423).

[1024] BVerwGE 136, 291 (Rn. 34).

[1025] BVerwGE 124, 201 (207); NVwZ 2006, 823 (824 f.). Strenger, insbesondere mit Blick auf eine Anwendung von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL *Gellermann,* NuR 2005, 433 (435 f.); *ders.,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Vor § 31 BNatSchG, Rn. 20; *Nebelsieck,* NordÖR 2005, 235 (237 f.).

[1026] Siehe beispielsweise die Genehmigung des BSH v. 24.5.2006, Offshore-Windpark „Global Tech I“, S. 61 ff.

[1027] *Gellermann,* NuR 2005, 433 (436).

[1028] BVerwGE 136, 291 (Rn. 35).

Diese Feststellungen gelten entsprechend hinsichtlich etwaiger Fehlabgrenzungen der in die Gemeinschaftsliste aufgenommenen Gebiete[1029], wie sie auch hinsichtlich der bereits aufgenommen Gebiete im Meeresbereich in Rede stehen.[1030] Allerdings geht das BVerwG aufgrund der nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 FFH-RL bereits getroffenen Entscheidung von einem erhöhten Darlegungsaufwand für die Annahme eines potenziellen FFH-Gebiets aus.[1031] Da diese Aufgabenverteilung alleine den erreichten Zustand aufgreift und auch keine unerlaubte Preisgabe etwaiger Gebiete zugesteht, ist hiergegen aus unionsrechtsrechtlicher Sicht kein Einwand zu erheben.[1032]

II. Potenzielle FFH-Gebiete trotz der Errichtung einer Gemeinschaftsliste

In der jüngeren Rechtsprechung deutet sich allerdings eine noch weiter gehende Abkehr von der Rechtsfigur des potenziellen FFH-Gebiets vor dem Hintergrund der zumindest teilweise vollständig erscheinenden Kommissionslisten an.[1033]

1. Potenzielle Anpassungsgebiete

Die diesseitige Erwägung, dass mit der vorstehend beschriebenen Vorwirkungsrechtsprechung der Tatsache Rechnung getragen werden sollte, dass die nationalen Gebietslisten der Bundesrepublik Deutschland unvollständig waren und diese keinen rechtlichen Vorteil aus ihrer Pflichtverletzung schöpfen sollte[1034], greift jedenfalls bei „Anpassungsgebieten“ nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL zu kurz.[1035] Der ausschlaggebende Gedanke für die Anerkennung entsprechender Vorwirkungen ist nach den Einlassungen des Gerichtshofs, dass das Gebiet seiner ökologischen Merkmale nicht bereits vor Abschluss des Aufstellungsverfahrens beraubt werden darf, da dieses ansonsten nicht mehr sachgerecht durchführbar ist.[1036] Vor dem Hintergrund dieser Überlegung ist es geboten, die gewonnenen Erkenntnisse über potenzielle FFH-Gebiete weiterhin für solche „Anpassungsgebiete“ nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL fruchtbar zu machen, die die Qualität eines potenziellen FFH-Gebiets aufweisen. Ob es sich hierbei um ein neues Gebiet handelt oder um die Erweiterung eines bereits aufgenommenen Gebiets, ist unerheblich.

[1029] BVerwGE 136, 291 (Rn. 34 ff.); kritisch *Frenz,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 32 Rn. 41 f.

[1030] Siehe 2. Kapitel, A., III., 2.

[1031] BVerwGE 136, 291 (Rn. 39).

[1032] Zustimmend auch *Lau,* NVwZ 2011, 461 (462).

[1033] VGH BW, ZUR 2010, 261 (261); OVG Koblenz, NuR 2008, 181 (190); offengelassen von BVerwG, NuR 2008, 495 (Rn. 24); kritisch zum Ganzen *Gellermann,* NuR 2009, 8 (9).

[1034] VGH BW, ZUR 2010, 261 (261).

[1035] Zu dieser Vorschrift siehe auch schon 2. Kapitel, A., III., 3., a).

[1036] EuGH, Urt. v. 14.9.2006, Rs. C-244/05, Slg. I-8445, Rn. 41 f. – BUND Naturschutz Bayern e.V.

Aus diesem Anspruch folgt, dass der Mitgliedstaat, der unter Verkennung dieser Vorwirkungen Offshore-Windkraftvorhaben zulässt, einen Vertragsverstoß begeht und zur Beseitigung der rechtswidrigen Folgen verpflichtet ist. Das bedeutet, dass die Zulassung eines Projekts, soweit es zu einer ernsthaften Beeinträchtigung der ökologischen Merkmale des Gebiets führt, aufzuheben ist. Zugleich verpflichtet die Vorwirkung der Richtlinie bereits unmittelbar zum Ergreifen geeigneter Maßnahmen,[1037] so dass auch durch bereits Realität gewordene Bauwerke drohende Gefahren für die ökologischen Merkmale des Gebiets abzuwehren sind.

Da jedoch nach gegenwärtigen Erkenntnissen noch keine Anpassungsbedürftigkeit der nationalen Gebietsliste, wie in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL angesprochen, zu Tage getreten ist, kann mangels ersichtlicher Anpassungsgebiete zumindest durch bisher erteilte Genehmigungen nicht gegen eine Verpflichtung aufgrund derartiger Vorwirkungen verstoßen worden sein. Daraus folgt, dass selbst bei zukünftig neu gewonnenen naturfachlichen Einsichten insoweit mangels Vertragsverstoßes eine Folgenbeseitigungspflicht nicht besteht. Es ist aber kein Grund ersichtlich, im Fall einschlägiger Erkenntnisgewinne für die Zukunft nicht direkt eine Verpflichtung zum Ergreifen geeigneter Schutzmaßnahmen des Mitgliedstaates aufgrund der Vorwirkungen der Richtlinie anzunehmen. Maßgeblich sind nicht besonders qualifizierte Motive oder naturfachliche Annahmen. Entscheidend ist alleine der Gesichtspunkt, dass auch im Rahmen des Anpassungsverfahrens das Auswahlverfahren für die in Frage kommenden Gebiete nicht unterlaufen werden darf. Daher ist es sachgerecht, auch die ökologischen Merkmale dieser Gebiete zu erhalten, so dass alle hierfür erforderlichen und geeigneten Maßnahmen durch den Mitgliedstaat zu ergreifen sind.

Werden diese Anpassungsgebiete sodann in die Gemeinschaftsliste aufgenommen, folgt aus Art. 4 Abs. 5 FFH-RL unmittelbar die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 2 FFH-RL, dessen umfassender Pflichtenkanon u.a. von nachträglichen Prüfpflichten[1038] bis hin zu Beseitigungspflichten auch hinsichtlich bereits zuvor erteilter Genehmigungen reichen kann.

2. Auswirkungen der Verkennung des Schutzmaßstabs

Damit ist auch geklärt, wie die Auswirkungen einer Verkennung des Schutzmaßstabs für die bereits bis zur Aufnahme der bislang gelisteten Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung in der AWZ der Nordsee erteilten Genehmigungen zu beurteilen sind.

Angesichts des stets betonten hohen naturfachlichen Wertes der Gebiete, der durch die Meldung, Listung und Ausweisung nur nachvollzogen wurde, ist der Verdacht greifbar, dass diese Flächen seinerzeit auch von dem Themenfeld des

[1037] EuGH, Urt. v. 14.9.2006, Rs. C-244/05, Slg. I-8445, Rn. 44 – BUND Naturschutz Bayern e.V.

[1038] Vgl. oben die Ausführungen zu den Ansätzen des EuGH in der Rs. C-6/04 (Urt. v. 10.10.2005, Slg. I-9017, Rn. 58), 4. Kapitel, A., IV., 8.

Schutzes potenzieller FFH-Gebiete berührt wurden. Ob dessen Wirkungen bei der Genehmigung der Anlagen im Küstenmeer wie auch der AWZ beachtet wurden, ist in der fortgeschrittenen Errichtungsphase des Netzwerks jedoch nicht mehr entscheidend, da, ungeachtet des ohnehin stark kasuistisch geprägten Einschlags der neueren Rechtsprechung, die in dieser übergeordnet erkannte zeitliche Zäsur durch die Erstellung der Gemeinschaftsliste durchaus berechtigt ist, weil diese Gebiete nunmehr gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL den Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL unterliegen. Damit eröffnet sich auch für Genehmigungen oder verwirklichte Bauschritte, die Pessimierungen dieser Gebiete hervorrufen können, bereits die umfassende Bandbreite der nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu ergreifenden Maßnahmen, so dass es anderer Konstruktionen nicht mehr bedarf.

C. Einordnung der Tragweite bei Vogelschutzgebieten

In Bezug auf Vogelschutzgebiete im Untersuchungsbereich ist zunächst darauf zurückzukommen, dass die Vorbescheide hinsichtlich des Nationalparks „Niedersächsisches Wattenmeer" einschließlich dessen Erweiterungsflächen mit Ausnahme des Gebiets „Borkum Riff" zu einem Zeitpunkt ergingen, in denen der Schutzregimewechsel gem. Art. 7 FFH-RL bereits erfolgt war. Insofern finden obenstehende Ausführungen[1039] unmittelbar Anwendung.

Soweit dagegen dem Gebiet „Borkum Riff" bis zur Unterschutzstellung im Jahr 2010 die besondere Qualität eines faktischen Vogelschutzgebiets zukam,[1040] unterlag dieses bei allen zuvor erteilten Windparkgenehmigungen mangels besonderer Schutzregelungen des nationalen Rechts unmittelbar dem Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 VRL. Obwohl der Verstoß einer Genehmigung gegen diese Gewährleistungen ähnlich wie bei Verstößen gegen Art. 6 Abs. 3 FFH-RL Anlass zu Überlegungen hinsichtlich der Reichweite einer Folgenbeseitigungspflicht des Mitgliedstaates geben mag, ist zu beachten, dass bereits Art. 4 Abs. 4 VRL die Mitgliedstaaten zum Ergreifen geeigneter Maßnahmen verpflichtet. Entsprechend reicht der Katalog denkbarer Maßnahmen daher auch hier von Genehmigungsrücknahmen über den Erlass von Nebenbestimmungen bis hin zum Um- oder Rückbau der Anlagen.

Hinzuweisen ist darüber hinaus insbesondere auf eine Übertragung der Überlegungen zu Vertrauensschutzgesichtspunkten im Fall der Identifizierung neuer faktischer Vogelschutzgebiete. Gerade diesbezüglich würde sich z.B. mit Blick auf die derzeit vorliegenden, durch entsprechende Gutachten unterstützten Erkenntnisse eine besonders schützenswerte Position der Vorhabensträger für die

[1039] Siehe 4. Kapitel, A.
[1040] Hierzu oben 2. Kapitel, B., III., 1., c).

Windparks der Flächen „Riffgat" und „Nordergründe" des niedersächsischen Küstenmeeres andeuten.[1041]

Ist dann, wie im Fall des Gebiets „Borkum Riff", die vorherige Qualität eines faktischen Schutzgebiets vorausgesetzt, die Unterschutzstellung zwischenzeitlich erfolgt, greifen fortan gem. Art. 7 FFH-RL sowieso unmittelbar die Pflichten des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL, wobei auch Abweichungsentscheidungen im Sinne des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL entsprechend den obigen Ausführungen in Betracht zu ziehen sind.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Aussagen des EuGH in der Rs. C-117/00 hinzuweisen, die höchst unterschiedlich gedeutet werden.[1042]

In der dort zu behandelnden Konstellation ging der EuGH davon aus, dass die Regelungen des Art. 6 Abs. 2 bis 4 der FFH-RL an die Stelle der Regelungen des Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL getreten waren. Allerdings stellte er in der entsprechenden Stelle des Urteils selbst nur auf die Ausweisung zum Schutzgebiet ab.[1043]

Es entbehrt daher nicht einer gewissen Berechtigung, dass dieses teilweise dahingehend interpretiert wird, dass der EuGH für den Übergang des Schutzregimes grundsätzlich nur auf das Vorliegen eines formellen Ausweisungsaktes abstellt.[1044] Da der EuGH an einer anderen Stelle des Urteils auch feststellte, dass das Gebiet nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL nicht hinreichend geschützt war[1045], wird auch angeführt, dass aufgrund der vergleichbar gelagerten Verpflichtung auch der Schutz nach Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL ebenfalls nicht gewährleistet war und daher vom EuGH gerade kein materieller Schutz für den Regimewechsel vorausgesetzt wird.[1046] Andererseits wird dagegen darauf hingewiesen, dass in der betreffenden Rechtssache ein gewisses Schutzniveau in Form eines Erhaltungsplans vorlag und damit dem EuGH zumindest nicht unterstellt werden kann, er setze keinerlei inhaltlichen Schutz voraus[1047], gerade auch, weil beide Richtlinien einen Mindeststandard verbürgen, so dass dessen Gewährleistung auch für einen Schutzregimeübergang erforderlich ist.[1048]

Da letztlich aber auch die großzügigere Ansicht einschränkt, dass ein geringfügiger Schutz erforderlich sein kann[1049], kann sich die skizzierte Diskussion des Eindrucks nicht erwehren, dass sich von unterschiedlicher Seite mit verschiedenen Argumenten einem ähnlichen Ergebnis angenähert wird.

[1041] Vgl. oben 2. Kapitel, B. III., 1., d).
[1042] EuGH, Urt. v. 13.6.2002, Rs. C-117/00, Slg. I-5335 – Owenduff-Nephin Beg Comlex.
[1043] EuGH, Urt. v. 13.6.2002, Rs. C-117/00, Slg. I-5335, Rn. 25 – Owenduff-Nephin Beg Comlex.
[1044] *Füßer,* NVwZ 2005, 144 (146).
[1045] EuGH, Urt. v. 13.6.2002, Rs. C-117/00, Slg. I-5335, Rn. 33 – Owenduff-Nephin Beg Comlex.
[1046] *Füßer,* NVwZ 2005, 144 (146).
[1047] *Bickenbach,* LKRZ 2008, 246 (248).
[1048] *Bickenbach,* LKRZ 2008, 246 (248).
[1049] *Füßer,* NVwZ 2005, 144 (147). Vgl. auch *Gellermann/Schreiber,* NuR 2003, 205 (206 f.), die einerseits davon sprechen, dass der Regimewechsel durch einen „förmlichen Akt" herbeigeführt wird, andererseits auf eine "Unterschutzstellung" abstellen.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH ist jedenfalls davon auszugehen, dass es grundsätzlich auf einen rechtsnormativen Ausweisungsakt ankommt, der jedoch einen gewissen Mindestschutz vermitteln muss, da anderenfalls eine Gebietsbestimmung besteht, aber keine *Schutz*gebietsfestlegung existiert. Solange dieses der Fall ist, verbleibt es dagegen bei den Verpflichtungen des Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL.

D. Änderungen genehmigter Offshore-Windenergieanlagen

Vergleichsweise einfach zu klären ist zuletzt die Frage, welche Pflichten der FFH-RL sich aktualisieren, wenn in der Folgezeit Maßnahmen mit Projektqualität an genehmigten und errichteten Offshore-Windenergieanlagen notwendig werden.

Gem. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL muss jedes Projekt vor seiner Genehmigung auf seine Verträglichkeit geprüft werden. Sind keine Umstände ersichtlich, die es erlauben, derartige Maßnahmen als Teil eines einheitlichen Gesamtprojekts zu begreifen, so dass diese Aktivitäten losgelöst von dem zunächst in Angriff genommenen und abgeschlossenen Projekt verfolgt werden, müssen diese eigenständig auf ihre Verträglichkeit hin geprüft werden.[1050] Auswirkungen auf zunächst erteilte Genehmigungen bestehen jedoch nicht, da es sinnwidrig wäre, wenn spätere Maßnahmen an einem Projekt stets dazu geeignet wären, die für das zunächst bezweckte Projekt vorgenommene Verträglichkeitsprüfung in Zweifel zu ziehen.

E. Ergebnisse zum 4. Kapitel

Die Untersuchung der in Rechtsprechung und Literatur weitgehend ungeklärten Wirkung des Habitatschutzrechts auf bereits erteilte Genehmigungen hat aufgezeigt, dass auch insofern erst eine genaue Einordnung der jeweiligen Umstände eine Beurteilung der Tragweite zulässt.

Im Einzelnen sind Verletzungen der in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL geregelten Handlungs- und Unterlassungspflichten des Sekundärrechts durch Mitgliedstaaten Standardbeispiele einer Vertragsverletzung. Ein Verstoß ist hierbei auch bei einer Verfehlung der gestellten Anforderungen anzunehmen, und zwar selbst dann, wenn der Mitgliedstaat seinerzeit mit einer gewichtigen Strömung in Rechtsprechung oder Literatur Art. 6 Abs. 3 FFH-RL falsch interpretierte.

Soweit der Mitgliedstaat dagegen dem Prüfprogramm des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL entsprochen hat, scheidet auch bei Nichteintritt seiner Einschätzung ein

[1050] Zur Abgrenzung zwischen sukzessiven und einheitlichen Projekten siehe auch EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, Slg. I-131, Rn. 47 – Stadt Papenburg.

Vertragsverstoß aus. Festzuhalten ist, dass in diesem Fall einem gegebenenfalls gleichwohl zu Tage tretenden Schutzbedürfnis des Gebiets durch eine Anwendung der Auffangregelung in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL Sorge zu tragen ist, wie es der Gerichtshof in der Rs. C-127/02 befürwortet hat.

Hat der Mitgliedstaat dagegen keine oder eine nicht ordnungsgemäße Verträglichkeitsprüfung durchgeführt bzw. die Vorgabe des Nichtvorliegens einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches verkannt, trifft ihn grundsätzlich die vom EuGH in der Rs. C-201/02 betonte Pflicht zur Beseitigung der rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes. Gleiches gilt auch, wenn eine fehlerhafte Abweichungsentscheidung getroffen wurde.

Ungeachtet einer bestandskräftigen Genehmigung ist in diesen Fällen das Prüfprogramm des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL grundsätzlich nachzuholen: Als rechtswidrige Folge einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung ist insofern eine dem Unionsrecht widersprechende Genehmigung und ein Projekt, das nicht ordnungsgemäß auf seine Verträglichkeit hin geprüft wurde, zu identifizieren. Angesichts der erforderlichen Überzeugungsbildung am Maßstab der Gewissheit und der zwingend vorgeschriebenen Versagung jeder Genehmigung im Übrigen ist die rechtswidrige Folge auch stets erheblich.

Das Erfordernis, die Verträglichkeitsprüfung nachzuholen, ist bei einem Festhalten an dem Projekt unmittelbar Ausdruck der Folgenbeseitigungspflicht des Mitgliedstaates. Da die Unionsrechtswidrigkeit der Genehmigung entfällt, wenn sich das Projekt im Rahmen der nachgeholten Prüfung als verträglich erwiesen hat, genügt es zunächst, wenn hierzu nur eine Aussetzung statt einer Aufhebung der Genehmigung erfolgt. Stellt sich im Rahmen der nachgeholten Prüfung dann die Unverträglichkeit des Projekts heraus, ist die Genehmigung endgültig zurückzunehmen, da bei diesem Ergebnis dem Mitgliedstaat eine Genehmigung des Projekts endgültig verwehrt ist.

Soweit ein Projekt dagegen nicht weiter verfolgt wird und auch die Genehmigung aufgehoben wird, entfallen die rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes.

Leidet indessen ausschließlich die Abweichungsentscheidung an einem Fehler, ist zu bedenken, ob dieser Mangel durch eine Nachbesserung behoben werden kann. Besteht eine derartige Möglichkeit nicht, verbleibt nur die Möglichkeit, die Genehmigung dauerhaft aufzuheben.

Eine Verträglichkeitsprüfung scheidet nach Genehmigungserteilung auch nicht schon deshalb grundsätzlich aus, weil kein Projekt als grundlegender Anknüpfungspunkt für jede Verträglichkeitsprüfung vorliegt.

Den verschiedenen Phasen eines Offshore-Windkraftvorhabens ist jeweils Projektqualität zuzusprechen. Dieses sind insbesondere der Errichtungsvorgang, das Vorhandensein der Anlagen sowie der Weiterbetrieb der Anlagen.

Eine Pflicht zum Ergreifen weiterer Maßnahmen, über die Pflicht zur Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung hinaus, kann überdies aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL folgen.

Zugleich besteht die Pflicht zur Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung nicht, wenn sich das Projekt schon als geeignet erwiesen hat, Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorzurufen, da bereits Klarheit besteht, dass das Projekt unverträglich ist. Etwaige Maßnahmen sind daher in diesem Fall allein auf der Grundlage der in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL geregelten Verpflichtung zu ergreifen. Soweit jedoch Verschlechterungen oder Störungen durch schadensverhindernde oder -begrenzende Maßnahmen abgewendet werden sollen und das Projekt derart verändert weiterverfolgt wird, verbleibt es bei der Verpflichtung zur Folgenbeseitigung durch Nachholung der erforderlichen Prüfung.

Art. 6 Abs. 2 FFH-RL kann aber auch zu einer nachträglichen Prüfpflicht führen, wenn es an Erkenntnissen über die (Un-)Verträglichkeit des Projekts aufgrund einer vormals nicht ordnungsgemäß durchgeführten Verträglichkeitsprüfung mangelt, keine Pflicht zur Nachholung der Prüfung im Übrigen besteht und über die Auswirkungen auch zwischenzeitlich keine hinreichenden Erkenntnisse gewonnen wurden.

Die durch die Anwendung dieser Grundsätze drohenden erheblichen Auswirkungen für den Vorhabensträger können unter Umständen durch den Rückgriff auf ein Worst-Case-Szenario deutlich verkürzt werden, da bereits auf den ersten Blick, z.B. im Hinblick auf die mitunter sehr großen Entfernungen zu den Schutzgebieten in der Nordsee, die Verträglichkeit des Projekts geklärt werden kann.

Ein grundsätzlicher Vorrang des Vertrauensschutzes oder des Unionsrechts besteht jedoch nicht. Ohnehin steht der EuGH der Gewährung von Vertrauensschutz tendenziell zurückhaltend gegenüber. Das damit zu Tage tretende Spannungsverhältnis zwischen Vertrauensschutz des Einzelnen einerseits und dem Interesse an einer Durchsetzung des Unionsrechts andererseits ist durch eine Abwägung zu bewältigen.

Das zu berücksichtigende Interesse der Union ist hierbei in einem effektiven Schutz des Natura-2000-Netzwerks zu sehen, dessen Funktionalität je nach Schadensintensität gefährdet wird. Auch scheidet bei einer fehlenden Verträglichkeitsprüfung ein schutzwürdiges Vertrauen des Genehmigungsinhabers aus. Haben sich die Ergebnisse der durchgeführten Prüfungen dagegen als nicht belastbar erwiesen, kann ein Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit der Genehmigung bestehen. Diskutierte Unsicherheiten können diesem aber im Einzelfall den Boden entziehen.

Erleichterungen für den Vorhabensträger verspricht auch nach der Genehmigungserteilung der Rückgriff auf eine Abweichungsentscheidung. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ist insofern auch im Fall der Nachholung einer ordnungsgemäßen Prüfung der Verträglichkeit anwendbar. Aus Wertungsgesichtspunkten ist im Fall des Ergreifens von Maßnahmen aufgrund von Art. 6 Abs. 2 FFH-RL nach den für die Phase nach Genehmigungserteilung ermittelten Prinzipien außerdem die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ebenfalls zu befürworten, soweit

anderenfalls die im Normalfall aus Gründen der Verhältnismäßigkeit für geboten erachtete Ausnahmemöglichkeit dem Projektträger verwehrt würde.

Bei der Einordnung der Tragweite von Vorwirkungen der FFH-RL ist an die Rechtsfigur der potenziellen FFH-Gebiete anzuknüpfen. Diese liegen vor, wenn es nach naturwissenschaftlichen Erkenntnissen frei von Zweifeln ist, dass die Kriterien des Anhangs III (Phase 1) FFH-RL gegeben sind. Den Mitgliedstaat trifft in diesen Gebieten die Pflicht, geeignete Schutzmaßnahmen zur Wahrung der ökologischen Bedeutung zu ergreifen und keine Eingriffe zuzulassen, die die in Anhang III (Phase 1) FFH-RL benannten ökologischen Merkmale des gemeldeten Gebiets ernsthaft beeinträchtigen könnten. Möglich ist insofern auch, vorsichtshalber den Maßstab des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL anzuwenden.

Festzuhalten ist, dass auch nach der Errichtung einer Gemeinschaftsliste die Rechtsfigur der potenziellen FFH-Gebiete auf sog. Anpassungsgebiete nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL anzuwenden ist. Werden diese Anpassungsgebiete sodann in die Gemeinschaftsliste aufgenommen, folgt aus Art. 4 Abs. 5 FFH-RL unmittelbar die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 2 FFH-RL.

5. Kapitel: Nachsteuerungsbefugnisse im nationalen Recht

Treffen den Mitgliedstaat nach den Überlegungen im 4. Kapitel in verschiedenen Konstellationen auch nach Genehmigung oder sogar der Errichtung und Inbetriebnahme des Offshore-Windparks weiterhin Pflichten des unionsrechtlichen Habitatschutzrechts, stellt sich die Frage, welche Instrumente die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland bereitstellt, diesen Verpflichtungen zu entsprechen.

Die hiermit an die nationale Rechtsordnung gestellten Ansprüche sind hoch. Selbst wenn der Blick im Folgenden auf die Themenkomplexe der Nachholung einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL und des Ergreifens von Maßnahmen nach einer Genehmigungserteilung im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL verengt wird, ist augenscheinlich, dass eine besondere Flexibilität abverlangt wird, die dem bezweckten Schutz des europäischen Naturerbes zuträglich sein mag, aber auf Eingriffe zielt, hinsichtlich deren bei genehmigten Tätigkeiten nicht nur eine gewisse Zurückhaltung angebracht ist, sondern für die das nationale Recht, anders als im Rahmen der Zulassungsverfahrens, keine besonderen Regelungen bereithält.

Daher ist zunächst zu klären, welche Zuständigkeiten und Befugnisse der Naturschutzbehörden oder der Genehmigungsbehörden nach Genehmigungserteilung bestehen können.

Sodann erscheint es sachgerecht, die zwei allgemeinen zur Umsetzung der Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung sowie des allgemeinen Verschlechterungs- und Störungsverbots im vorgestellten Normalfall erlassenen Normen des nationalen Rechts dahingehend zu untersuchen, ob sie sich auch gegenüber einer Anwendung nach Genehmigungserteilung öffnen und an welche Normen nach nationalem Recht im Einzelfall angeknüpft werden kann, um diesen gegebenenfalls zur Anwendung zu verhelfen. Hinsichtlich der nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu ergreifenden Maßnahmen, wird sich insofern auf ausgewählte Anordnungen beschränkt.

A. Abgrenzung der Zuständigkeiten und Befugnisse von Anlagenzulassungs- und Naturschutzbehörde

Obwohl im Ausgangspunkt festzuhalten ist, dass als zuständige nationale Stelle insbesondere die Exekutive aufgerufen ist, durch eine sachgerechte Ausübung der ihr überantworteten Befugnisse im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine Erfüllung der ermittelten Pflichten Sorge zu tragen, gestaltet sich die genauere Bestimmung der Zuständigkeiten und Befugnisse mangels gesonderter Regelungen schwierig.

Vor Genehmigungserteilung bzw. der Planfeststellung war die Rechtslage eindeutig und übersichtlich. Die bei der Anlagenzulassung eines Offshore-Windkraftvorhabens durchzuführende Verträglichkeitsprüfung wurde im Rahmen des als Trägerverfahren fungierenden Zulassungsverfahrens der Zuständigkeit der Genehmigungs- bzw. Planfeststellungsbehörde[1051] überantwortet, der zugleich die gesamte Bandbreite der durch das Anlagenzulassungsrecht eingeräumten Befugnisse offensteht.

Die Situation nach der Anlagenzulassung ist dagegen bereits auf den ersten Blick mannigfaltig: Die anvisierten Nachsteuerungen erfolgen zum Schutz der Natura-2000-Gebiete und daher aus naturschutzrechtlichen Gründen. Aufgrund dieser thematischen Herkunft ist eine Zuständigkeit der Naturschutzbehörde naheliegend, deren Befugnisse zuvörderst im BNatSchG geregelt sind. Da sich zumindest hilfsweise der Rückgriff auf die allgemeine ordnungsrechtliche Zuständigkeits- und Befugnisnorm in § 3 Abs. 2 BNatSchG mit ihrer generalklauselartigen Natur anbietet[1052], bedarf es für die Begründung von anderweitigen Zuständigkeiten und Befugnissen entsprechender Anhaltspunkte, um die in § 3

[1051] Durch § 34 Abs. 1 BNatSchG i.V.m. § 58 Abs. 1 S. 1 BNatSchG für den Bereich der AWZ bzw. für den Bereich des Küstenmeeres i.V.m. § 26 NAGBNatSchG.

[1052] Zur Begriffsbildung siehe auch *Becker,* Das neue Umweltrecht 2010, Rn. 320 und *Frenz/Hendrischke,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 3 Rn. 22; vgl. auch die Regelung in § 2 NAGBNatSchG sowie gegebenenfalls spezielle Regelungen der Unterschutzstellungen [vgl. hierzu 2. Kapitel, A., IV., 3. c) und e)].

Abs. 2 HS 2 BNatSchG für ein Zurücktreten der Überwachungsbefugnis der Naturschutzbehörde vorausgesetzte andere Bestimmung annehmen zu können.

Diese sind letztlich darin zu sehen, dass es nicht zwingend erscheint, dass die Zuständigkeits- und Befugnisverteilung im Rahmen des Anlagenzulassungsverfahrens keine Nachwirkungen zeitigt. Durch das nachsteuernde Handeln droht insofern ein Eingriff in die den Hintergrund bildende Entscheidung der Anlagenzulassungsbehörde, deren Entscheidungsgewalt sich daher ebenfalls andeutet. Diese Überlegung könnte entsprechend dahin deuten, dass es der Genehmigungs- bzw. Planfeststellungsbehörde obliegt, im Rahmen der Befugnisse des BImSchG bzw. der SeeAnlV sowie gegebenenfalls des VwVfG zu handeln.

Diese Annahme wird durch einen Seitenblick auf Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG bestätigt. Diesseitig ist bereits geklärt worden, dass die Immissionsschutzbehörde für Änderungen, Ergänzungen sowie einen Widerruf oder eine Rücknahme der Genehmigung alleine zuständig und befugt bleibt, jedoch die verdrängte Fachbehörde im Rahmen ihres Fachrechts nach Genehmigungserteilung zuständig und befugt sein kann.[1053] Festzuhalten ist zwar, dass im habitatschutzrechtlichen Zusammenhang das Bestehen einer Konzentrationswirkung mangels Vorliegens einer anderen behördlichen Entscheidung hinsichtlich der Verträglichkeit des Projekts nicht der eigentlich interessierende Gedanke ist.[1054] Gleichwohl ist, wenn sogar im Fall einer Konzentrationswirkung die Zuständigkeit hinsichtlich der Genehmigung bei der Genehmigungsbehörde verbleibt, auch hier davon auszugehen, dass es auf der Grundlage entsprechender Befugnisnormen allein in die Zuständigkeit der Anlagenzulassungsbehörde fällt, die Genehmigung bzw. den Planfeststellungsbeschluss zu ändern, zu ergänzen oder zu widerrufen bzw. zurückzunehmen.

Allerdings ist diese Überlegung zu verfeinern. Namentlich ist zu berücksichtigen, dass bei verschiedenen Maßnahmen der Naturschutzbehörde die Genehmigung bzw. der Planfeststellungsbeschluss nicht unmittelbar verändert oder gar aufgehoben wird, aber diese Verwaltungsentscheidungen doch zumindest indirekt berührt sein können. Eine Fruchtbarmachung des im Zusammenhang mit Fragen einer Konzentrationswirkung zu beobachtenden Vorgehens, einerseits ein formales Angehen der Genehmigung in Gestalt von Rücknahme und Widerruf in den Blick zu nehmen und anderseits nachträgliche Anordnungen gesondert zu behandeln,[1055] hilft insoweit allerdings bei mittelbarer Tangierung nicht weiter.

Zugleich ist zu bedenken, dass es hinsichtlich der habitatschutzrechtlichen Vorgaben keine verdrängten Zuständigkeiten gibt, sondern für die Verträglichkeitsprüfung stets und ausschließlich die Genehmigungs- bzw. Planfeststellungs-

---

[1053] *Jarass,* in: BImSchG, § 13, Rn. 25 m.w.N. sowie *Seibert,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 13 BImSchG, Rn. 117; siehe auch BVerfG, NVwZ 2010, 771 (773).

[1054] Dieses folgt aus der Überlegung, dass die Verträglichkeitsprüfung als Teil des Zulassungsverfahrens ausgestaltet ist, in dessen Rahmen die Verträglichkeitsbewertung ein Zulassungstatbestand ist. Eine andere behördliche Entscheidung erfolgt daher nicht. Vgl. auch schon 1. Kapitel, I.

[1055] *Jarass,* § 13, Rn. 25.

behörde zuständig ist. Entsprechend ist erst recht kein Grund dafür ersichtlich, dass sich die Zuständigkeiten, auch weitergehende wie sie § 3 Abs. 2 BNatSchG der Naturschutzbehörde als Sonderordnungsbehörde zuspricht, in Anbetracht der erteilten Genehmigung verändert haben könnten.

Hieraus folgt, in Anlehnung an eine vergleichbar gelagerte Rechtsprechung des BVerwG[1056], dass die erörterungsbedürftig erscheinenden Grenzen naturschutzbehördlichen Einschreitens allein die Frage betreffen, ob angesichts der erfolgten Anlagenzulassung der Rückgriff der Naturschutzbehörde auf eine entsprechende Befugnisnorm ungeachtet des Vorliegens der konkreten tatbestandlichen Anforderungen nicht statthaft ist.[1057]

Mit anderen Worten können also, obwohl die ordnungsrechtlichen Zuständigkeiten nicht verdrängt sind und die Voraussetzungen einer entsprechenden Befugnisnorm an sich vorliegen, die Voraussetzungen eines polizeirechtlichen Einschreitens durch eine von der Genehmigung oder dem Planfeststellungsbeschluss ausgehende Legalisierungswirkung ausgeschlossen sein.[1058]

I. Legalisierungswirkung der Genehmigung bzw. des Planfeststellungsbeschlusses

Die unterschiedliche Beurteilung der Rechtsprechung zur Legalisierungswirkung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung[1059] lässt sich aufgrund der Verallgemeinerungsfähigkeit der Grundüberlegung[1060] hinsichtlich der Befugnisse der naturschutzrechtlichen Fachbehörde zu der Frage zuspitzen, inwiefern überhaupt noch Maßnahmen in Bezug auf die Offshore-Windkraftanlagen durch die Naturschutzbehörden angeordnet werden dürfen, da jeweils die Genehmigung bzw. der Planfeststellungsbeschluss hinsichtlich einer Legalisierungswirkung berührt werden können.

Dieses setzt voraus, dass das gegen die naturschutzrechtlichen Normen in § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG bzw. bei erwiesener Eignung des Projekts zu Störungen und Verschlechterungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL gegen § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verstoßende Vorhaben durch die Feststellung der habitatschutzrechtlichen Verträglichkeit wegen der tatbestandlichen Prüfung bei der Genehmigungserteilung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und § 3 S. 1 Nr. 2 2. Alt. SeeAnlV a.F.[1061] bzw. der Planfeststellung nach § 5 Abs. 6 Nr. 3 2. Alt. SeeAnlV n.F. „legalisiert“ wurde.

[1056] Vgl. BVerwGE 55, 118 (120 f.).

[1057] Ähnlich zur Abgrenzung von Zuständigkeits- und Befugnisfragen in einer vergleichbaren Situation BVerwGE 55, 118 (120).

[1058] Siehe BVerwGE 55, 118 (120 ff.).

[1059] Vgl. *Jarass,* in: BImSchG, § 20, Rn. 2 sowie *Wasielewski,* in: Koch/Pache/Scheuing, II. Teil, § 13, Rn. 64 f.; *Seibert,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 13 BImSchG, Rn. 119 m.w.N.

[1060] Vgl. die Anknüpfung an das „Wesen der Genehmigung“ in BVerwGE 55, 118 (124).

[1061] SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

Die Wirkweise und Reichweite einer Positionierung der Behörde im Rahmen einer Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG kann schon grundsätzlich nicht als ausdiskutiert gelten. Sachgerecht erscheint der Vorschlag, zwischen Genehmigungsvoraussetzungen und Regelungsgegenstand zu unterscheiden und hierbei davon auszugehen, dass an Letzterem der Konzentrationswirkung nicht unterliegende Entscheidungen nicht teilhaben.[1062]

Dieser Gedanke lässt sich nicht nur hinsichtlich der Regelung in § 5 Abs. 6 Nr. 3 2. Alt. SeeAnlV n.F., sondern auch in Bezug auf § 3 S. 1 Nr. 2 2. Alt. SeeAnlV a.F. übertragen, da die Genehmigung der Offshore-Anlagen nach der SeeAnlV a.F. ohnehin mit keiner Konzentrationswirkung ausgestattet war.[1063] Die Möglichkeit eines entsprechenden Erst-recht-Schlusses für den Fall einer Anwendung der Vorschriften über die Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG scheint nahezuliegen: Wenn nicht einmal die Entscheidung einer anderen Behörde im Sinne des § 13 BImSchG gegeben war, sollte es besonderer Gründe bedürfen, eine zum Regelungsgegenstand zählende Feststellung annehmen zu dürfen. Diese bestehen jedoch darin, dass letztlich eine Zulassungsvoraussetzung als Tatbestandsmerkmal geprüft wurde, so dass ganz ähnlich wie bei einer Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG eine Feststellung zu einer fachrechtlichen tatbestandlichen Fragestellung getroffen wurde. Folglich erscheint es daher auch in dieser Konstellation sinnwidrig, der Entscheidung eine Bindungswirkung zu verweigern, da sie die Genehmigung selbst betrifft.

Denn anders als in zunächst vergleichbar erscheinenden Fällen[1064] hebt die Genehmigung hier einen eigenständigen Genehmigungsvorbehalt auf. Dieser ist zwar nicht in § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG niederlegt, jedoch § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG zu entnehmen. Zugleich ergibt sich aus § 34 Abs. 6 S. 1 BNatSchG in einem Umkehrschluss die Zuständigkeit der Genehmigungsbehörde für diese Entscheidung.[1065]

Nichts anderes ergibt sich auch im Hinblick auf die in der Literatur teilweise zu beobachtende stärkere Betonung des Umfangs der behördlichen Entscheidung, wonach bei späteren, bei der Genehmigungsentscheidung nicht erkennbaren Gefahren ein Einschreiten der Naturschutzbehörde möglich bleiben soll.[1066] Denn dieses kann jedenfalls dann nicht gelten, wenn nicht nur eine Prognose zu treffen, sondern mit Gewissheit festzustellen war, dass in Zukunft keine Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele bzw. des Gebiets als solches hervorgerufen werden können.

Grundsätzlich ist daher jede Maßnahme, die auch nur mittelbar das durch die Genehmigung bzw. den Planfeststellungsbeschluss erlaubte Verhalten beschränkt, unzulässig, da dessen Zulässigkeit gem. § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG umfassend

[1062] *Jarass,* BImSchG, § 6, Rn. 24; siehe auch BVerfG, NVwZ 2010, 771 (773).
[1063] § 2 Abs. 3 SeeAnlV a.F.
[1064] Vgl. im Unterschied hierzu BVerfG, NVwZ 2010, 771 (773).
[1065] Siehe Genehmigung des BSH v. 4.4.2012, Offshore-Windpark „Nordsee One“, S. 98.
[1066] *Wasielewski,* in: Koch/Pache/Scheuing, II. Teil, § 13, Rn. 65.

festgestellt wurde. Um die Legalisierungswirkung nicht auszuhebeln, hat man also jeden Eingriff, der mit einer Anzweifelung oder Bestreitung dieser Feststellung einhergeht, für unzulässig zu halten. Damit werden selbst Nutzungseinschränkungen regelmäßig ausscheiden.[1067]

Allerdings ist bei dem hier verfolgten Ansatz ein weiterer Gedanke zu berücksichtigen. Die Legalisierungswirkung einer Genehmigung bzw. eines Planfeststellungsbeschlusses muss jedenfalls dann ihre Grenze finden, wenn unmittelbar drohende Gefahren zu bekämpfen sind.[1068] Handelt es sich um einen ohnehin allgemein anerkannten Gedanken, ist dieses auch im Hinblick auf den vom Habitatschutzrecht bezweckten effektiven Schutz der Natura-2000-Gebiete geboten. Anderenfalls würde ihnen ein Eilschutz aufgrund der ihrem Schutz dienenden Mechanismen verwehrt. Eine solche Pervertierung der Schutzgewährleistungen ist augenscheinlich zu vermeiden.[1069]

II. Schlussfolgerung

Allein der Genehmigungs- bzw. Planfeststellungsbehörde obliegt es, im Rahmen ihrer Befugnisse, die Genehmigung bzw. den Planfeststellungsbeschluss vor dem Hintergrund der habitatschutzrechtlichen Pflichten zu verändern, einzuschränken oder gar aufzuheben. Dieses erfasst, abgesehen von Situationen unmittelbar drohender Gefahren, aufgrund der Legalisierungswirkung auch jede mittelbare Berührung des materiellen Gehalts der Genehmigung oder des Planfeststellungsbeschlusses.[1070]

[1067] Siehe in Bezug auf die Konzentrationswirkung gem. § 13 BImSchG *Seibert,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 13 BImSchG, Rn. 119. Im Ergebnis ähnlich auch *Gellermann,* in: ders./Stoll/Czybulka, Handbuch des Meeresnaturschutzrechts, § 9 A.

[1068] Ebenso vor dem Hintergrund von § 3 Abs. 2 HS 2 BNatSchG *Frenz/Hendrischke,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 3 Rn. 29. Vgl. hierzu auch in Bezug auf die Regelungen der §§ 17, 20 und 21 BImSchG *Jarass,* BImSchG, § 20, Rn. 3 sowie BVerwGE 55, 117 (122 f.).

[1069] Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass eine solche Konstellation in Situationen einer nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung bei zugleich unklaren Auswirkungen des Projektes ungeachtet weitergehender Fragen schwer vorstellbar ist, da sich im Fall einer Eilbedürftigkeit das Projekt regelmäßig bereits als geeignet erwiesen haben wird, Störungen oder Verschlechterungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorzurufen.

[1070] Im Interesse der gedanklichen Klarheit ist darauf hinzuweisen, dass es der Naturschutzbehörde jedoch unbenommen ist, Maßnahmen zu ergreifen, die keinen Bezug zur Genehmigung aufweisen. Dieses kann unter Umständen auf etwaige Pflegemaßnahmen zutreffen, die zum Ausgleich von Schäden am Naturhaushalt ergriffen werden. Derartige Fragestellungen wurden mit Rücksicht auf den zur Verfügung stehenden Rahmen ausgeklammert.

B. Anwendung des § 34 BNatSchG nach erfolgter Anlagenzulassung

Zur Umsetzung der Regelung in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL wurde § 34 Abs. 1 BNatSchG erlassen, der sich über die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung vor Zulassung des Projekts verhält. Unmittelbar zu der in Rede stehenden Konstellation der Nachholung einer Verträglichkeitsprüfung bei unklaren Auswirkungen eines Projekts trotz bereits erfolgter Zulassung lassen sich dieser Vorschrift ebenso wie Art. 6 Abs. 3 FFH-RL keine Anknüpfungspunkte entnehmen. § 34 Abs. 1 BNatSchG ist daher auf diese Konstellationen nicht ohne Weiteres anwendbar.

I. Ausgangsüberlegung

§ 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verschließt sich aber seinem Wortlaut nach einer erneuten Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung nicht, soweit für ein Projekt eine neue Zulassung begehrt wird.

Eine neue Genehmigung ist grundsätzlich dann erforderlich, wenn die alte Genehmigung aufgehoben wurde, denn § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG fordert auch in diesem Fall die Einholung einer Genehmigung für den weiteren Betrieb der Anlagen im Küstenmeer ein.[1071] Aus § 2 Abs. 1 S. 1 SeeAnlV folgt in derartigen Situationen entsprechend die Verpflichtung zur Einholung eines neuen Planfeststellungsbeschlusses für den Bereich der AWZ. Zwar ist im Ausgangspunkt der Standpunkt der Behörde hierbei neutral zu verstehen. Zu ihrem Aufgaben- und Kompetenzbereich gehört namentlich nicht, die ohne Genehmigung bestehenden Anlagen von Amts wegen einer ordnungsgemäßen Genehmigung zuzuführen.[1072] Dieses ergibt sich aus dem Antragserfordernis in § 10 Abs. 1 S. 1 BImSchG und § 2 Abs. 3 S. 1 SeeAnlV i.V.m. §§ 73 Abs. 1, § 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG. Eine Genehmigung darf daher nur auf Antrag erteilt werden, der selbst nicht erzwingbar ist.[1073] Dagegen lassen die einschlägigen Normen keine Grundlage für eine Legalisierungspflicht der Behörde erkennen. Unproblematisch kann sich jedoch der Anlagenbetreiber um die Erteilung einer Genehmigung durch Stellung eines neuen Antrages nach § 10 Abs. 1 S.1 BImSchG oder § 2 Abs. 3 S. 1 SeeAnlV i.V.m. §§ 73 Abs. 1, 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG bemühen, der zugleich ein wirtschaftliches Interesse haben wird, den Betrieb der Anlagen weiterführen zu dürfen.

Auch der Aspekt des Verbleibens der Anlagen drängt unter Umständen im Fall einer aufgehobenen Genehmigung indirekt zu einem erneuten Zulassungs-

---

[1071] Vgl. *Jarass,* § 4, Rn. 53. Siehe dazu, dass die Errichtung mit der Einrichtung der Anlage endet, dort auch Rn. 54.

[1072] Zur Beratung vor Antragsstellung und deren Grenzen siehe *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 10, Rn. 36 ff.

[1073] So in Bezug auf das Immissionsschutzrecht *Jarass,* BImSchG, § 10, Rn. 25.

antrag, da nach § 20 Abs. 2 BImSchG oder § 16 Abs. 4 S. 2 und 3 SeeAnlV die Beseitigung der Anlage droht. Durch eine auf diesem Weg im Rahmen eines neuen Genehmigungsverfahrens durchgeführte Verträglichkeitsprüfung wäre zugleich dem Anspruch genügt, eine Prüfung vor erneuter Zulassung des Projekts zu ermöglichen.[1074] Wird dagegen unter dem Eindruck der neuen Ausgangslage das Vorhaben nicht mehr verfolgt, fehlt es ohnehin am grundlegenden Erfordernis eines Projekts.

Nach deutschen Begrifflichkeiten werden unter den Oberbegriff der Aufhebung der Widerruf und die Rücknahme der Genehmigung gefasst.[1075] Dieses Vorgehen knüpft daher an die vom EuGH in diesem Zusammenhang ins Spiel gebrachte Rücknahme der Genehmigung an. Als Rücknahme von Verwaltungsakten bezeichnet man im deutschen Recht die Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte, der Widerruf stellt auf rechtmäßige Verwaltungsakte ab.[1076] Die Rechtmäßigkeit ist danach zu beurteilen, ob zum Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung die Voraussetzungen für deren Erteilung vorlagen.[1077] Ungeachtet dieser Differenzierung im deutschen Recht und der Tatsache, dass in der Rs. C-201/02 übertragen auf den deutschen Sprachgebrauch eine rechtswidrige Genehmigung vorlag, kann erst recht auch ein Widerruf im Sinne der deutschen Begrifflichkeiten als Rücknahme entsprechend der Sprachregelung des EuGH angesehen werden, da dieser unter die vom EuGH anvisierte Aufhebung der Genehmigung der Sache nach fällt. Soweit die Voraussetzungen eines Widerrufs aber überhaupt vorliegen, erscheint die Beschreitung dieses für die Praxis beschwerlicheren Weges aufgrund der durch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bedingten strengeren Anforderungen eher fernliegend, da bei einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten Verträglichkeitsprüfung ohnehin eine rechtswidrige Genehmigung vorliegt. Eine nähere Untersuchung ist daher entbehrlich.

II. Rücknahme der Genehmigung nach § 48 VwVfG

Umgekehrt kommt es, um diesen Prozess in Bewegung zu bringen, auf entsprechende Befugnisse der Anlagenzulassungsbehörde zur Rücknahme der erteilten Genehmigung an. Hierbei ist an die aus der Zonierung der Meere

---

[1074] Ein Abstellen auf die subsidiäre Alternative in § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG der Prüfung vor „Durchführung" des Projekts ist dagegen selbst hinsichtlich des Weiterbetriebs nicht möglich. Denn diese sollte i.V.m. § 34 Abs. 6 BNatSchG nur eine Vorabprüfung des Projekts durch Gewährleistung eines Trägerverfahrens ermöglichen (vgl. zur Vorschrift aber auch *Möckel,* ZUR 2008, 57 [61]). Für Offshore-Windkraftprojekte gilt jedoch, dass die Projekte nicht nur ursprünglich genehmigungspflichtig waren, sondern auch nach Genehmigungsaufhebung einer erneuten Genehmigung bedürfen.

[1075] *Erbguth,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16, Rn. 1; Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 9 f.

[1076] § 48 Abs. 1 S. 1 und § 49 Abs. 1 VwVfG.

[1077] Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 28.

hervorgegangenen unterschiedlichen Anlagenzulassungsregime für den Bereich des Küstenmeeres und der AWZ zu erinnern.

Mit einer deutlich überwiegenden Ansicht in der Literatur ist davon auszugehen, dass sich die Rücknahme rechtswidriger immissionsschutzrechtlicher Anlagengenehmigungen gem. § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG mangels gesonderter Vorschriften im BImSchG nach § 48 VwVfG richtet.[1078] Gleiches gilt aufgrund der nicht erfolgten Regelung in Spezialvorschriften der SeeAnlV für die nach § 2 Abs. 2 S. 1 SeeAnlV a.F.[1079] erteilten Genehmigungen.[1080] Auch bei Vorliegen einer Planfeststellung wird, gestützt auf den Wortlaut des § 72 Abs. 1 VwVfG, davon ausgegangen, dass die Sonderkonstellationen in § 75 Abs. 2, Abs. 4 und § 77 VwVfG keine abschließende Regelung enthalten, sondern die mannigfaltigen Interessenlagen eine Anwendbarkeit des § 48 VwVfG gebieten.[1081] Diesen Gedanken fortgeführt, ist auch hinsichtlich einer Planfeststellung nach den §§ 2 ff. SeeAnlV n.F. von einer Anwendbarkeit des § 48 VwVfG auszugehen. Dieses gilt selbst mit Blick auf die Regelung in § 5 Abs. 4 SeeAnlV, dessen S. 1 die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses in – hier nicht einschlägigen – Sonderkonstellationen gestattet und dessen S. 2 aus sachlichen Gründen die Anwendbarkeit von § 75 Abs. 4 VwVfG ausschließt.

Grundsätzlich steht die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG im Ermessen der Genehmigungsbehörde.

Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG hat die Behörde bei ihrer Rücknahmeentscheidung die Abs. 3 und 4 dieser Vorschrift zu beachten[1082], wobei aufgrund des nach § 48 Abs. 3 VwVfG gewährten Vermögensschutzes dem im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigenden Vertrauen des Genehmigungsinhabers in den Bestand der Genehmigung vergleichsweise geringes Gewicht beizumessen ist.[1083]

Ist die Bundesrepublik Deutschland nach den herausgearbeiteten Kriterien zu einem Handeln verpflichtet, ist dieses im Rahmen der Ermessensausübung ein besonders beachtlicher Aspekt. Erst wenn jedoch das Rücknahmeinteresse überwiegt, reduziert sich das Ermessen auf null.[1084] Sind damit vorrangig Interessen der Union mit denen des Betreibers abzuwägen, offenbart sich ein enger Zusammenhang zwischen Vertrauensschutz und Ermessensausübung bzw. -reduzierung. Besteht im Rahmen des § 48 Abs. 1 VwVfG eine Ermessensreduzierung auf null, ist daher davon auszugehen, dass ein schützenswertes

---

[1078] *Laubinger,* in: Ule/Laubinger/Repkewitz, Band 1, BImSchG, § 21, Rn. B 12; *Jarass,* BImSchG, § 21, Rn. 2 m.w.N.

[1079] SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

[1080] *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 15, Rn. 4.

[1081] Hk-VerwR/*Wickel,* § 72 VwVfG, Rn. 20.

[1082] Eine Geld- oder Sachleistung im Sinne des § 48 Abs. 2 VwVfG liegt nicht vor.

[1083] Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 57.

[1084] Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 82; *Sachs,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 48, Rn. 271. Diese Erkenntnisse gelten für Ermessensentscheidungen der nationalen Behörden im Übrigen entsprechend.

Vertrauen nicht entstehen kann, so dass die Fristregelung in § 48 Abs. 4 VwVfG nicht anzuwenden ist.[1085]

Die Folgen für den Betroffenen werden jedoch deutlich abgemildert. Grundsätzlich steht im Fall einer Rücknahme des Verwaltungsaktes dem Betroffenen nach § 48 Abs. 3 VwVfG ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses zu, soweit sein Vertrauen in den Bestand der Genehmigung schutzwürdig ist. Mit Blick auf die in § 48 Abs. 3 S. 2 VwVfG angeordnete Anwendung des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG wird man allerdings, selbst hinsichtlich der im Genehmigungsverfahren vorgetragenen Einwände zur habitatschutzrechtlichen Zulässigkeit eines Offshore-Windparkprojektes[1086], eine grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 2. Alt. VwVfG äußerst schwer begründen können, da der Betroffene selbst bei Vorliegen von Zweifeln grundsätzlich in die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung vertrauen darf.[1087] Die Beurteilung der Schutzwürdigkeit ist hierbei auch im Übrigen an den Kriterien des § 48 Abs. 2 VwVfG auszurichten.[1088] Hieraus folgt, dass das Vertrauen bei bereits erfolgten Realisierungsschritten regelmäßig schutzwürdig ist.[1089]

III. Berücksichtigung von Wertungsgesichtspunkten

Das vorstehende Vorgehen ermöglicht zwar die Nachholung einer Verträglichkeitsprüfung, ist aber an strengere Voraussetzungen geknüpft als nach den in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-201/02 im vorstehenden Kapitel entwickelten Vorgaben erforderlich, da hiernach auch eine bis zum Abschluss entsprechender Prüfschritte erfolgende Aussetzung der Genehmigung genügen würde.

Geht es in der Sache darum, die rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes zu beseitigen, setzt dieses die Nachholung der von Art. 6 Abs. 3 FFH-RL geforderten Vorabkontrolle des verbleibenden Projekts voraus. Entsprechende Verfahren und Befugnisse, eine Genehmigung zumindest temporär ihrer Wirkung oder Wirksamkeit zu beheben, um ihre Fehlerhaftigkeit zu beseitigen, sind dem deutschen Recht eher fremd und nur in eng begrenzten Sonderkonstellationen, insbesondere der Einlegung eines Rechtsbehelfs nach § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO[1090], vorgesehen.

[1085] Hierzu allgemein Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 83.

[1086] Exemplarisch sei auf die zusammenfassende Darstellung auf den S. 84 ff. des Vorbescheids gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe" v. 15.11.2007 (Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg, Az. 06-074-01) hingewiesen.

[1087] Siehe *Sachs,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 48, Rn. 161; Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 49.

[1088] Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 57.

[1089] § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG.

[1090] Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 19.3.1991 (BGBl. I, S. 686), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 10.10.2013 (BGBl. I, S. 3786).

Unter Wertungsgesichtspunkten kann dieser Befund nicht in jedem Fall überzeugen. Ist das Angehen der Genehmigung zu dem Zweck, die in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL angelegte Kontrolle nachzuholen, auch grundsätzlich erforderlich, so zeigt sich bei genauer Betrachtung, dass zu diesem Zeitpunkt nicht in jedem Fall eine ganzheitliche und endgültige Genehmigungsaufhebung notwendig ist. Namentlich ist beispielsweise vorstellbar, dass die geplante Errichtung der Anlagen im Meer selbst ordnungsgemäß auf ihre Verträglichkeit hin überprüft wurde und nur der Betrieb der Anlagen nachträglich einer Prüfung unterzogen werden muss.

IV. Lösungsansätze

Bei der Suche nach einem Korrektiv kommt die Ausgestaltung des § 34 Abs. 1 BNatSchG als Zulassungstatbestand erschwerend hinzu, da mangels sonst ersichtlichen Trägerverfahrens der Weg über ein neues Anlagenzulassungsverfahren durchaus reizvoll erscheint.

Diesen Ansatz fortgedacht, bietet sich – zumindest teilweise – eine Lösung zunächst durch den Rückgriff auf die im Anlagenzulassungsrecht anerkannte Möglichkeit einer teilweisen Rücknahme an[1091], wobei insbesondere auch die grundsätzliche Teilbarkeit von Betriebs- und Errichtungsgenehmigung zu beachten ist.[1092]

Komplizierter ist dagegen eine zeitliche Einschränkung der Rücknahme zu konstruieren. Soweit man nicht einen Widerruf der Rücknahme als Verwaltungsakt selbst für statthaft erachtet[1093], steht der Behörde letztlich nur die Möglichkeit offen, nach erneuter Antragsstellung und Durchführung des umfangreichen Genehmigungsverfahrens einschließlich einer ordnungsgemäß durchgeführten Verträglichkeitsprüfung eine erneute Genehmigung zu erteilen. Angesichts des hiermit verbundenen erheblichen Zeitverlusts ist diese Lösung für den Betreiber allerdings alles andere als vorteilhaft.

Insofern ist der Ansatz über eine Rücknahme der Genehmigung nach § 48 Abs. 1 VwVfG vor allem von der typischen Blickrichtung eines Über- und Unterordnungsverhältnisses bestimmt, da zum einen auch die bloße Aussetzung der Genehmigung als Grundrechtseingriff einer – hier im Übrigen nicht ersichtlichen – Rechtsgrundlage bedarf, zum anderen § 34 Abs. 1 BNatSchG darauf ausgerichtet ist, im Rahmens eines vom Betroffenen initiierten Trägerverfahrens zur Anwendung zu kommen. Dieses schließt jedoch nicht aus, dass bei einer entsprechenden Mitwirkung des Betroffenen eine Aussetzung der Genehmigung

[1091] Siehe in Bezug auf § 21 BImSchG näher *Jarass,* BImSchG, § 21, Rn. 24 sowie allgemein auch Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 33.

[1092] Vgl. § 8 BImSchG, siehe hierzu auch *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 4 BImSchG, Rn. 60.

[1093] Ablehnend *Hansmann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR III, § 21 BImSchG, Rn. 57.

und die Durchführung der Verträglichkeitsprüfung ohne Rücknahme der Genehmigung möglich sein können.

Diese Mitwirkung kann insbesondere in dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nach § 54 Abs. 1 VwVfG bestehen, durch den sich der Betreiber des Windparks verpflichtet, von der erteilten Erlaubnis bis zum positiven Ergebnis einer Verträglichkeitsprüfung keinen Gebrauch mehr zu machen. Bedenken hinsichtlich einer tatsächlichen Befolgung dieser Vereinbarung mit Blick auf das unionsrechtliche Effektivitätsgebot können durch Abgabe einer Unterwerfungserklärung nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO[1094] Rechnung getragen werden.[1095] Da bei Erlass des § 34 Abs. 1 BNatSchG diese Konstellation nicht vor Augen war, steht es sodann der Anlagenzulassungsbehörde gem. § 22 S. 1 VwVfG auch frei, die Verträglichkeitsprüfung in einem eigenen Verwaltungsverfahren nachzuholen. Erst wenn sich dann im Rahmen dieser Prüfung die Unverträglichkeit des Vorhabens erweist, wäre die Genehmigung nach § 48 Abs. 1 VwVfG zurückzunehmen.

Diese zunächst etwas kühn erscheinende Konstruktion kann sich nach der Novellierung der SeeAnlV im Jahr 2012 auch auf die Mechanismen zur Behebung von Mängeln einer Planfeststellung zurückziehen. § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG sieht in Ausgestaltung des Grundsatzes des Vorrangs der Planerhaltung[1096] die gegenüber der Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses vorrangige Durchführung eines ergänzenden Verfahrens vor, welches insbesondere die Nachholung fehlerhafter Verfahrensschritte ermöglicht.[1097] Insoweit ist davon auszugehen, dass diese Regelung nicht nur bei Abwägungsmängeln und Verfahrens- sowie Formfehlern, sondern auch bei anderen materiellen Mängeln, insbesondere der Verletzung zwingenden Rechts, anwendbar ist, da der Gesetzgeber den Grundsatz der Planerhaltung nicht auf die benannten, besonders zahlreich auftretenden Situationen des Vorliegens von Abwägungsmängeln und Verfahrens- bzw. Formfehlern beschränken wollte.[1098] Anerkannt ist weiterhin, dass das ergänzende Verfahren auch außerhalb eines Rechtsbehelfsverfahrens durch die Behörde initiiert werden kann.[1099] Obwohl im Detail, abhängig von der jeweiligen Kasuistik, Einzelfragen höchst umstritten sind[1100], ist jedenfalls davon auszugehen, dass der Weg über einen – mit Blick auf die aus unionsrechtlicher Sicht zu

[1094] Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 5.12.2005 (BGBl. I, S. 3202), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 10.10.2013, BGBl. I, S. 3736.

[1095] Vgl. hierzu näher Hk-VerwR/*Fehling,* § 61 VwVfG, Rn. 4 f.

[1096] Hk-VerwR/*Wickel,* § 75 VwVfG, Rn. 50.

[1097] Hk-VerwR/*Wickel,* § 75 VwVfG, Rn. 50.

[1098] *Neumann,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 75, Rn. 37 f.; Hk-VerwR/*Wickel,* § 75 VwVfG, Rn. 52; *Dürr,* in: Knack/Henneke, § 75, Rn. 27; kritisch *Palme,* NVwZ 2006, 909 (910).

[1099] *Neumann,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 75, Rn. 45; Hk-VerwR/*Wickel,* § 75 VwVfG, Rn. 53.

[1100] Vgl. z.B. die differenzierte Ansicht von *Neumann,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 75, Rn. 37 f. hinsichtlich der Notwendigkeit eines Einschreitens durch einen anderen Verwaltungsträger.

fordernde Aussetzung der Anlagenzulassung gleichwohl erforderlichen – öffentlich-rechtlichen Vertrag sowie die Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung durch die Behörde nach Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses infolge der Neufassung der SeeAnlV noch gangbarer geworden ist.

C. Anwendung von § 33 Abs. 1 BNatSchG nach Genehmigungserteilung

Während in Anbetracht des eigentlichen Anwendungsbereichs von § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG das Bedürfnis nach einer Norm, die zuwiderlaufende Vorgänge für unzulässig erklärt – jedenfalls dann, wenn für eine kein Projekt darstellende Maßnahme keine Genehmigung einzuholen ist –, offen zu Tage tritt,[1101] bedurfte es einer entsprechenden Vorschrift für genehmigungsbedürftige Projekte wie beispielsweise die hier thematisierten Offshore-Windkraftvorhaben zunächst nicht. Da in diesem Fall grundsätzlich das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt sowie die Mechanismen von § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG greifen, waren in diesem Zusammenhang weder ein sinnvoller Anwendungsbereich für die Regelung des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG gegeben noch die im NWattNPG nicht erfolgte Beigabe von Verbotsnormen für außerhalb des Schutzgebiets gelegene Vorhaben angreifbar, die die Verträglichkeitsprüfung vorwegnähme. Anders läge es nur, wenn man die zugrunde liegende Bewertung, dass derartige Vorhaben nicht stets unverträglich sind, anzweifelt. Gleiches gilt auch mit Blick auf die „Verordnung über die Festsetzung des Naturschutzgebiets ‚Östliche Deutsche Bucht'" und die „Verordnung über das Naturschutzgebiet „Borkum Riff" in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee".[1102]

Hat der Mitgliedstaat jedoch gem. Art. 6 Abs. 2 FFH-RL die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um Verschlechterungen und Störungen im Sinne dieser Vorschrift zu vermeiden, wenn sich ein genehmigtes Projekt als geeignet erweist, Verschlechterungen oder Störungen hervorzurufen, aktualisiert sich die Forderung nach der Ausstattung mit einem geeigneten Schutzstatus des Gebiets durch eine rechtsnormative Regelung. Mangels anderweitiger Ausgestaltung, die diese Konstellation erfassen könnte, kommt nur der Rückgriff auf § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG in Betracht, der entsprechende Aktivitäten, die zu Verschlechterungen oder Störungen führen, in dem dort geregelten Umfang für unzulässig erklärt.

Hieraus folgt, dass zum einen zu untersuchen ist, inwieweit § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG nach Genehmigungserteilung überhaupt anwendbar ist und welche weiteren Problemkreise mit dieser Norm verbunden werden. Im Anschluss ist

[1101] Siehe auch zum Problem gesetzlicher Pauschalausweisungen *Niederstadt,* NVwZ 2008, 126 (131 f.).
[1102] Vgl. 2. Kapitel, B., III., 1., c), und 2.

sodann zu prüfen, welche Befugnisnormen bereitstehen, um den dort geregelten Verboten zur Realität zu verhelfen.

I. Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 BNatSchG nach Genehmigungserteilung

Durch die Neufassung entfallen die Verbote des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG zwar nicht mehr mit der Unterschutzstellung des Gebiets.[1103] Fraglich ist jedoch, ob dieser im Genehmigungsverfahren verdrängten Vorschrift sogar dann noch ein Anwendungsbereich zugesprochen werden kann, wenn der Zeitraum nach Genehmigungserteilung betroffen ist.

Eine dahingehende Regelungsintention des Gesetzgebers ist nicht ersichtlich, da dieser mit der Neufassung des § 33 Abs. 1 BNatSchG im Blick hatte, dass die vormalige, aus unionsrechtlicher Perspektive eindeutig verfehlte[1104] nur kurzzeitige Sicherung der Gebiete nicht mehr mit der Unterschutzstellung entfallen sollte.[1105] Zugleich ist an das grundsätzliche Verdrängen der Regelung im Anwendungsbereich des § 34 BNatSchG zu erinnern.

Der Wortlaut des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verschließt sich allerdings einer solchen Ausdehnung auf den Zeitraum nach der Genehmigungserteilung nicht, erklärt er doch undifferenziert alle Veränderungen und Störungen, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung eines Natura-2000-Gebiets führen können, für unzulässig. Ein solches Verständnis entspricht nicht zuletzt auch der allgemeinen Absicht des Gesetzgebers, die Vorgabe in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL umsetzen zu wollen.[1106] Bei einem anderen Verständnis würde daher der Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG unnötig und aufgrund der unionsrechtlichen Pflichtenlage sogar sinnwidrig durch eine restriktive Auslegung eingeschränkt.

II. Die Richtlinienkonformität des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG

Weiterhin erfasst das in § 33 Abs. 1 BNatSchG niedergelegte Verbot aber nur solche Auswirkungen, die eine erhebliche Beeinträchtigung darstellen. Dieses wurde in der Literatur schon hinsichtlich der Vorgängerregelungen mit Blick auf das absolut geltende Verschlechterungsverbot in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL massiv kritisiert.[1107] Diese zunächst treffend erscheinende Überlegung wird durch die neuere Rechtsprechung des EuGH zu dem in Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL enthaltenen Schutzstandard in ein anderes Licht gerückt:[1108]

[1103] Anders noch § 33 Abs. 5 des BNatSchG in der seit 2002 zwischenzeitlich maßgeblichen Fassung (BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193).
[1104] Siehe nur *Gellermann,* NVwZ 2010, 73 (77).
[1105] BT-Drs. 16/12274, S. 64.
[1106] BT-Drs. 16/12274, S. 64.
[1107] Siehe *Gellermann,* Natura 2000, S. 150 m.w.N.
[1108] Von einer Vereinbarkeit daher inzwischen ausgehend: *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 33 BNatSchG, Rn. 7.

Geht dieser von einem Gleichauf des Schutzmaßstabs des Art. 6 Abs. 3 und 2 FFH-RL aus, bedeutet dieses, dass bei jeder Verschlechterung sowie bei jeder Störung im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL eine Beeinträchtigung des Gebiets als solches im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL anzunehmen ist.[1109] Dieser Gedanke ist jedoch nicht nur im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung anzuwenden, sondern umgekehrt auch im Rahmen des Verschlechterungs- und Störungsverbots. Dieses gilt erst recht mit Blick auf § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG, wenn dort an den so umfassend verstandenen Begriff der erheblichen Beeinträchtigung angeknüpft wird, da folglich in den Begriff der erheblichen Beeinträchtigung im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG die absolute Untersagung von Verschlechterungen hineinzulesen ist. Mit anderen Worten liegt also bei jeder Verschlechterung stets auch eine erhebliche Beeinträchtigung vor.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung anordnet, dass die Frage des Vorliegens einer erheblichen Beeinträchtigung im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG anhand der Maßgaben des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu ermitteln ist, so dass die Kritik an der Vorschrift nicht aufrechterhalten werden kann.

III. Unanwendbarkeit von Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten

Fortwährend beinhaltet das BNatSchG aber aufgrund der Ausnahmeregelung in § 33 Abs. 1 S. 2 BNatSchG grundsätzlich keine korrekte Ausgestaltung des allgemeinen Störungs- und Verschlechterungsverbots. Obwohl ansonsten um Übernahme der bisherigen Regelungen und um Anpassungen zur Förderung der Richtlinienkonformität bemüht, sah der Gesetzgeber in positiver Kenntnis der Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL die Aufnahme dieser Regelung aus Gründen des unionsrechtlichen und nationalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als geboten an.[1110] Zwar ist man grundsätzlich geneigt, das hinter diesem kühnen Schritt stehende Gespür für eine Unverhältnismäßigkeit zu teilen. Denn die Erwägung, das Ausmaß der Regelung durch eine Ausnahmeregelung begrenzen zu müssen, betrifft einen Kerngehalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das u.a. einfordert, das Mittel auf das erforderliche Maß zu begrenzen, und ein angemessenes Handeln anmahnt.[1111]

Diese eingängig erscheinende Überlegung hält im eigentlichen Anwendungsbereich des in § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG umgesetzten Störungs- und Verschlechterungsverbots einer näheren Betrachtung allerdings nicht stand. Zunächst ist festzustellen, dass die Einschätzung des deutschen Gesetzgebers darauf hinausläuft, dass entweder die Regelung in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL wegen einer

---

[1109] Näher 3. Kapitel, B., II., 4.

[1110] BT-Drs. 16/12274, S. 64; zustimmend *Appel,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 33 Rn. 13, der anderenfalls einen Wertungswiderspruch erkennt.

[1111] Siehe nur BVerfGE 30, 292 (316); in unionsrechtlicher Hinsicht *Wegener,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 38.

Verkennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips selbst angreifbar ist oder zumindest einer einschränkenden Auslegung bedarf. Beides bedürfte einer umfangreichen Begründung, für die die vom Gesetzgeber aufgestellte Behauptung allenfalls Ansätze erkennen lässt. Derartiger Ausführungen bedarf es gleichwohl gar nicht erst. Denn der Gesetzgeber hat die systematischen Zusammenhänge und dahinterstehenden Wertungen des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL nicht hinreichend berücksichtigt. Ausgehend davon, dass der Richtliniengeber in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL sehr wohl Ausnahmeregelungen getroffen hat, ist festzuhalten, dass ein undifferenziertes ganzheitliches Verbot nicht besteht. Hieraus ist zu schließen, dass der Sekundärrechtsgeber annahm, den Erfordernissen des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch die auf Projekte beschränkten Ausnahmen bereits nachgekommen zu sein. Dieses darf mit der Erwägung, dass für alle unter der Projektschwelle liegenden Maßnahmen das allgemeine Störungs- und Verschlechterungsverbot im Interesse des bezweckten Flächenschutzes gegenüber anderen Interessen stets Vorrang haben soll, überzeugen. Denn das ausnahmslose Verbot dieser Maßnahmen ist grundsätzlich weniger einschneidend, da diese nicht die Qualität von Projekten haben. Hinzu tritt, dass der Kreis der Projekte großzügig bemessen ist und daher der grundsätzliche Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL selbst bereits weit ist.[1112]

Dieses gilt erst recht, wenn man im Rahmen von Nachsteuerungen nach Genehmigungserteilung, wie vorstehend befürwortet[1113], in engen Ausnahmefällen zusätzlich eine analoge Anwendung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL für statthaft hält. Daraus folgt jedoch zugleich umgekehrt, dass zwar die Befugnis in § 33 Abs. 1 S. 2 BNatSchG in Bezug auf das dort eigentlich anvisierte Störungs- und Verschlechterungsverbot in seinem herkömmlichen Anwendungsbereich aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts regelmäßig unanwendbar ist. Im Zusammenhang mit den hier angesprochenen Konstellationen, in denen eine Abweichungsentscheidung im Wege einer analogen Anwendung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL statthaft ist, darf es aber Anwendung finden.

Die von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL sogar losgelöste Befreiungsmöglichkeit nach § 67 Abs. 1 BNatSchG ist nicht nur, selbst unter Berücksichtigung der weiteren Anforderungen des § 67 Abs. 2 S. 1 1. Alt. BNatSchG, ebenfalls grundsätzlich zweifelhaft[1114], sondern auch in diesem Zusammenhang unanwendbar, da deren Anwendung auf eine Besserstellung in dieser Ausnahmesituation einer Nachsteuerung nach Genehmigungserteilung gegenüber dem in Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL eigentlich vorgesehenen Programm hinausliefe.

1112 *Gellermann,* NVwZ 2010, 73 (77); auch bereits *Fischer-Hüftle,* NuR 2008, 213 (218).

1113 Siehe 4. Kapitel, A., VI.

1114 Siehe *Gellermann,* NVwZ 2010, 73 (77), der in der Sache die Vorschrift grundsätzlich für mit dem Unionsrecht unvereinbar hält, sowie *Fischer-Hüftle,* NuR 2010, 34 (35 ff.), der nachweist, dass trotz einer Befreiung eine Verträglichkeitsprüfung notwendig sein kann. Vgl. hierzu auch BT-Drs. 16/12274, S. 76 f.

D. Befugnisnormen zur Umsetzung des Störungs- und Verschlechterungsverbots

Letztlich ist man mit der Erkenntnis einer grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG der Umsetzung der ermittelten Anforderungen im innerstaatlichen Recht jedoch erst einen Schritt nähergekommen. Die eigentliche Schwierigkeit besteht nun darin, entsprechende Befugnisnormen der Anlagenzulassungsbehörde im nationalen Recht zu ermitteln, die zu den erforderlichen Maßnahmen zur Durchsetzung dieses Verbots befähigen.

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass bei Bejahen einer Eignung zu Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL aus der Bewertung der Aktivität in § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG als unzulässig zugleich folgt, dass sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne des § 5 Abs. 6 Nr. 3. 2. Alt. SeeAnlV verletzt werden. Dieses ergibt sich aus dem Gleichauf des Schutzmaßstabs von § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG und § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG[1115] und den Überlegungen zur Verknüpfung des Tatbestandsmerkmals der Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften in § 5 Abs. 6 Nr. 3. 2. Alt. SeeAnlV mit § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG.[1116] Je nachdem, ob sich das Projekt nach einer fehlerhaften Verträglichkeitsprüfung bzw. der Verkennung des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches oder trotz einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung als geeignet erweist, Verschlechterungen oder Störungen hervorzurufen, kann eine ursprünglich rechtmäßige oder rechtswidrige Anlagenzulassung vorliegen. Gleiches gilt mit Blick auf die Genehmigungsvoraussetzung, dass andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen dürfen, aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG auch für den Bereich des Küstenmeeres.[1117]

I. Befugnisnormen im Bereich des Küstenmeeres

§ 17 Abs. 1 BImSchG dient an sich dem Zweck, bei neuen Erkenntnissen bzw. rechtlichen Vorgaben oder erkannten Defiziten der früheren Entscheidung Abhilfe leisten zu können.[1118] Als gesichert angesehen werden kann jedoch, dass § 17 Abs. 1 BImSchG nicht zur Durchsetzung oder Konkretisierung der Pflichten anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ermächtigt und dass stattdessen auf die Ermächtigungen anderer Gesetze zurückzugreifen ist.[1119] Die Regelung in § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG zur Sicherung des Natura-2000-Netzwerks kann daher nicht über § 17 BImSchG durchgesetzt werden.

[1115] Siehe 3. Kapitel, B., II., 4.

[1116] Hierzu 1. Kapitel, J., III.

[1117] Siehe 1. Kapitel, J., I.

[1118] *Czajka,* in: Feldhaus, BImSchG, Band 1, Teil 1, § 17 BImSchG, Rn. 10.

[1119] *Hansmann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 17 BImSchG, Rn. 67; *Koch,* in: ders./Pache/Scheuing, II. Teil, § 17, Rn. 73; *Jarass,* BImSchG, § 17, Rn. 20.

Nachträgliche Maßnahmen der Immissionsschutzbehörde erlauben darüber hinaus die §§ 20, 21 BImSchG sowie § 48 VwVfG.[1120]

Ist daher aufgrund der Pflichten aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL für den Zeitraum nach Genehmigungserteilung eine Aufhebung der Genehmigung als erforderlich anzusehen, hat die Behörde die Möglichkeit, die Genehmigung unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG zurückzunehmen oder nach § 21 BImSchG zu widerrufen und so den Verboten des § 33 Abs. 1 BNatSchG zur Durchsetzung zu verhelfen.

Festzustellen ist sodann, dass auch weitere Maßnahmen der Immissionsschutzbehörde nur nach einer Aufhebung der Genehmigung ergriffen werden können. Dieses gilt mit Blick auf § 20 Abs. 2 BImSchG für Stilllegungen, die als Betriebsuntersagungen zu verstehen sind[1121], Baueinstellungen[1122] sowie Beseitigungsanordnungen.

Als irritierend ist hierbei zur Kenntnis zu nehmen, dass die von der Vorschrift eigentlich anvisierte Abfolge gewissermaßen umgekehrt werden muss. Die Normalvorstellung des § 20 Abs. 2 BImSchG ist, dass bei Fehlen einer Genehmigung u.a. der Weiterbetrieb als rechtswidriger Zustand abgewendet werden soll. Für die Erfüllung der unionsrechtlichen Pflichten dagegen muss der rechtswidrige Zustand erst künstlich durch eine Rücknahme der Genehmigung herbeigeführt werden. Im Hinblick auf das vorausgesetzte Vorliegen der Aufhebungsvoraussetzungen und die Anwendung der Entschädigungsregelungen in § 48 Abs. 3 VwVfG und § 21 Abs. 4 BImSchG ist unter Verhältnismäßigkeitspunkten hiergegen jedoch kein durchgreifender Einwand zu erheben.

Ein ähnlicher Weg ist auch im Fall von nachträglich für erforderlich gehaltenen schadensbegrenzenden Maßnahmen zur Abwendung einer Unzulässigkeit nach § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG zu wählen. Das BImSchG hält keinerlei Befugnisse für entsprechende Anordnungen der Immissionsschutzbehörde bereit. Daraus folgt, dass auch insoweit grundsätzlich nur die Möglichkeit besteht, nach einer Aufhebung der Genehmigung eine neue Genehmigung anzustreben.[1123]

Auch dieses Vorgehen ist jedoch bei genauer Betrachtung nicht grundsätzlich abzulehnen. Insbesondere ist in diesem habitatschutzrechtlichen Zusammenhang keine analoge Anwendung des § 17 Abs. 1 BImSchG, wie sie beispielsweise im Abfallrecht in bestimmten Konstellationen diskutiert wird[1124], zu befürworten. So

---

[1120] Vgl. hierzu allgemein auch *Jarass,* BImSchG, § 17, Rn. 1.

[1121] *Laubinger,* in: Ule/Laubinger/Repkewitz, Band 1, § 20, Rn. D 2.

[1122] Zur Erfassung von § 20 Abs. 2 BImSchG siehe *Jarass,* BImSchG, § 20, Rn. 38.

[1123] Da ein Sachverhalt vorausgesetzt ist, in der sich abzeichnende Gefahren für das Schutzgebiet abzuwenden sind, wird dieses Vorgehen regelmäßig eine hiermit einhergehende Betriebsuntersagung erforderlich machen, die selbst gem. § 20 Abs. 2 BImSchG eine Aufhebung der Genehmigung voraussetzt.

[1124] Im Zusammenhang mit den Regelungen in § 39 KrWG (Kreislaufwirtschaftsgesetz v. 24.2.2012 (BGBl. I, S. 212), zuletzt geändert durch § 44 Abs. 4 des Gesetzes v. 22.5.2013 [BGBl. I, S. 1324]) eine analoge Anwendung befürwortend *Mann,* in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, § 39, Rn. 36.

werden jedenfalls größere Umbaumaßnahmen regelmäßig als Inhaltsbestimmung zu qualifizieren sein. Durch diese wird aber der Genehmigungsgegenstand selbst betroffen und damit zugleich in der Sache die bisherige Genehmigung abgelehnt.

Obgleich man an der Übertragbarkeit dieser Überlegung bei zu einer neuen Genehmigung hinzugenommenen Auflagen, beispielsweise einer Nachrüstung der Anlagen mit einer automatischen Abschaltautomatik für bestimmte Tage im Jahr zum Schutz von Arten bei vorherzusehenden Ereignissen, zweifeln kann, ist festzustellen, dass die Erteilung nachträglicher Auflagen im BImSchG nicht vorgesehen ist und dieses statt einer Verbindung durch nachträgliche Auflagen mit der Genehmigung nur die Erteilung selbstständiger, neben der vorausgesetzten Genehmigung stehender Anordnungen gem. der Regelung in § 17 BImSchG erlaubt[1125], deren Befugnisse hier jedoch nicht einschlägig sind. Sieht auch das im Bereich des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG betroffene Fachrecht, wie hier § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG, nachträgliche Maßnahmen hinsichtlich der Genehmigung nicht vor, verbietet sich eine nachträgliche Verbindung von Nebenbestimmungen mit der Genehmigung.[1126]

Soweit die Schutzgewährleistungen für das Natura-2000-Netzwerk in Rede stehen, ist dieser Befund sachgerecht, da es nicht um die Sicherstellung der Genehmigungsvoraussetzungen, wie von § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG als in der Sache maßgeblicher Grund für die in Rede stehenden Auflagen vorausgesetzt, geht. Denn zieht man die im Rahmen der Genehmigungsentscheidung durchgeführte Beurteilung der Verträglichkeit hinzu, wird deutlich, dass, an der hierbei getroffenen Bewertung vorbei, bei nachträglichen Auflagen Modifikationen vorgenommen würden, die damit gleichsam in Widerspruch zu der bei Genehmigungserteilung erlangten Einschätzung träten.

Auch durch die über § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG hergestellte Verbindung zum Habitatschutzrecht lässt sich eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 1 BImSchG mangels Regelungslücke nicht bejahen. Denn im vorliegenden Zusammenhang besteht ein beachtlicher Unterschied zu den in anderen Bereichen zu beobachtenden Konstellationen,[1127] in denen sich tatsächlich die Frage nach dem Sinn der Versagung einer Durchsetzung entsprechender Anforderungen des Fachrechts über die Befugnisnorm in § 17 Abs. 1 BImSchG stellt. Als Besonderheit ist nämlich zu beachten, dass der Gesetzgeber für die Genehmigungen in § 34 BNatSchG besondere Regelungen und Anforderungen geschaffen hat. Diese stehen zwar in den hier angesprochenen Konstellationen einer Anwendung des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG nicht entgegen. Die Regelung in § 34 BNatSchG sperrt jedoch Maßnahmen, die an der Genehmigung vorbei aufgegeben würden. Dieses folgt letztlich schon aus der besonderen Verbindung zwischen § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG, da die letztgenannte Regelung

---

[1125] *Hansmann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 17 BImSchG, Rn. 25.
[1126] Vgl. allgemein *Jarass,* BImSchG, § 12, Rn. 37.
[1127] Vgl. hierzu beispielsweise *Mann,* in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, § 39, Rn. 36.

einen – wenn auch in einem anderen Fachgesetz geregelten – eigenständigen Genehmigungsvorbehalt enthält. Aus diesem Grund ist der Immissionsschutzbehörde überdies auch ein Rückgriff auf die Befugnisse des § 3 Abs. 2 BNatSchG verwehrt. Daher verdient der Weg über eine neue Genehmigungserteilung nebst einer Aufhebung der bisherigen Genehmigung Zustimmung.

Wenig überzeugend wirkt dieser einschneidende und dann unnötige Weg jedoch, wenn nur eine vorübergehende oder sonst eingeschränkte Betriebsuntersagung, beispielsweise aufgrund eines Zusammenwirkens des Anlagenbetriebs mit den Auswirkungen von Errichtungsmaßnahmen bei einem anderen Windpark, erforderlich ist. Dann wird dem Genehmigungsinhaber durch eine zeitlich und inhaltlich uneingeschränkte Aufhebung der Genehmigung mehr genommen als zur Erfüllung der unionsrechtlichen Pflichten eigentlich erforderlich ist.

Ebenso ist gerade im Fall der Offshore-Anlagen gut denkbar, dass Betriebseinschränkungen nur vorübergehend, aber wiederkehrend erforderlich sind. Exemplarisch sei auf die Aufzucht von Jungtieren, Zugereignisse oder das Paarungs- und Niederkunftsverhalten hingewiesen, die allesamt nur saisonal wiederkehrende Anlagenabschaltungen notwendig werden lassen können.

Dem Grunde nach ist unter Zugrundelegung der geltenden Rechtslage auch in diesem Fall das aufgezeigte Programm abzuspielen und hierbei durch entsprechende Auflagen im Rahmen einer neuen Genehmigungserteilung Vorsorge zu treffen.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Anlagenbetrieb im Übrigen in diesen Konstellationen nicht gegen § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verstößt und der Betreiber sich bereits aus wirtschaftlichen Überlegungen gegenüber einem entsprechend eingeschränkten materiell rechtmäßigen Betrieb aufgeschlossen zeigen wird. Soweit man daher in diesem Fall nicht bereits eine zeitlich uneingeschränkte Betriebsuntersagung für unverhältnismäßig hält,[1128] wird man einen Ausnahmefall, der die Behörde trotz der in § 20 Abs. 2 S. 1 BImSchG getroffenen Soll-Regelung zu einer zeitlich eingeschränkten Handhabung mittels einer Aussetzung der Vollziehung verpflichtet, jedenfalls dann anzunehmen haben, wenn der Betreiber auch noch alles ihm Mögliche für die Erteilung einer neuen Genehmigung getan hat.[1129]

Ohnehin ist es, die Kooperationsbereitschaft des Betreibers vorausgesetzt, auch insoweit ohne Weiteres möglich, einer Anwendung der in derartigen Spezialfällen wenig flexibel erscheinenden hoheitlichen Befugnisse durch den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge nach § 54 Abs. 1 VwVfG, gegebenenfalls gekoppelt mit der Abgabe einer Unterwerfungserklärung nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, auszuweichen.

[1128] Siehe hierzu BVerwGE 84, 220 (223) sowie auch *Jarass,* BImSchG, § 20, Rn. 39 und *Hansmann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 20 BImSchG, Rn. 50.

[1129] In diese Richtung OVG Münster, BauR 74, 266 (266).

II. Einschlägige Befugnisse des BSH nach Genehmigungserteilung

Ungeachtet dieses auch im Bereich der AWZ möglichen Zusammenwirkens mit dem Anlagenbetreiber, das einen hoheitlichen Eingriff entbehrlich macht, steht auch dem BSH als der im Anwendungsbereich der SeeAnlV zuständigen Behörde eine Reihe an Befugnissen zu.

Über die unter den Voraussetzungen der §§ 48 f. VwVfG zulässige Aufhebung der Genehmigungen[1130] bzw. Planfeststellungsbeschlüsse[1131] hinaus sind die Befugnisse der Anlagenzulassungsbehörde im Bereich der AWZ für nachträgliche Maßnahmen in habitatschutzrechtlicher Hinsicht verglichen mit der Rechtslage im Küstenmeer deutlich flexibler gestaltet.

Als Reaktionsmöglichkeit räumt daher § 16 SeeAnlV dem BSH einschlägige Befugnisse ein, u.a. die zur Durchführung der Verordnung erforderlichen Anordnungen zu treffen.[1132] Dauerhafte Betriebsuntersagungen bedürfen indes wegen der Regelung in § 16 Abs. 4 S. 1 SeeAnlV ebenfalls des Umwegs über eine Aufhebung der Genehmigung.

Noch weiter gehend sieht aber § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG neben der Möglichkeit eines ergänzenden Verfahrens auch den Weg einer Planergänzung vor. Insoweit wird ebenfalls, über den auf Abwägungsmängel und Verfahrens- bzw. Formfehler bezogenen Wortlaut der Vorschrift hinaus, von einer Anwendbarkeit auf Fälle der Verletzung strikten Rechts sowie der Zulässigkeit einer Planergänzung durch die Behörde außerhalb eines Rechtsbehelfsverfahrens ausgegangen.[1133] Die Ergänzung des Planfeststellungsbeschlusses um fehlende Schutzmaßnahmen stellt das Schulbeispiel für eine Planergänzung dar.[1134] Diese Situation ist gerade im hier gegebenen naturschutzrechtlichen Zusammenhang gut denkbar. Im Gegensatz zur Rechtslage im Bereich des Küstenmeeres sind daher insbesondere schadensbegrenzende nachträgliche Auflagen oder deren Änderung bzw. Ergänzung zulässig. Die Grenze des als Planergänzung noch Zulässigen ist jedoch dann erreicht, wenn diese Nachsteuerungen zu einer wesentlichen Änderung führen, die das Gesamtkonzept der Planung berührt.[1135]

Keine Antwort enthält die SeeAnlV auf die Frage, ob bzw. wie schon vor der Novellierung erfolgte oder aufgrund der Übergangsregelungen in § 17 Abs. 1 – 3 SeeAnlV noch nach altem Recht zu erteilende Genehmigungen mit nachträglichen Auflagen verbunden bzw. bereits festgesetzte Auflagen geändert oder ergänzt werden dürfen. War diese Möglichkeit schon bisher in § 4 Abs. 1 S. 2 SeeAnlV

[1130] *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 15, Rn. 4.

[1131] Vgl. Hk-VerwR/*Wickel,* § 72 VwVfG, Rn. 20. Siehe auch oben 5. Kapitel, B., II.

[1132] Siehe § 16 Abs. 2 S. 1 SeeAnlV.

[1133] Hk-VerwR/*Wickel,* § 75 VwVfG, Rn. 52 f.

[1134] Vgl. Hk-VerwR/*Wickel,* § 75 VwVfG, Rn. 54; *Neumann,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 75, Rn. 46, jeweils m.w.N.

[1135] *Dürr,* in: Knack/Henneke, § 75, Rn. 29; Hk-VerwR/*Wickel,* § 75 VwVfG, Rn. 54.

a.F.[1136] eröffnet und ist auch in § 6 Abs. 4 S. 2 SeeAnlV weiterhin für die nicht von § 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 SeeAnlV erfassten Anlagen vorgesehen, liegt die Annahme eines Redaktionsversehens nahe, welches durch eine analoge Anwendung behoben werden könnte – erst recht, da nach den Äußerungen der Bundesregierung in ihrem Entwurf zur Änderung der SeeAnlV anzunehmen ist, dass diese mit der Regelung in § 17 Abs. 7 SeeAnlV, der in anderer Hinsicht teilweise einen Übergang zu im Rahmen der Planfeststellung möglichen Festsetzungen herbeiführt, keine Änderung bezweckte.[1137] Andererseits verweist die Bundesregierung an dieser Stelle auch darauf, dass entsprechende Nebenbestimmungen nach dem VwVfG ohnehin zulässig seien. Dieses spricht dafür, mangels anderer gesetzlicher Ermächtigung, nach allgemeinen Regeln eine nachträgliche Anordnung oder Änderung von Auflagen nur bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Aufhebung der Genehmigung nach §§ 48 f. VwVfG für zulässig zu halten, da sich in der Sache die spätere Beifügung als Teilaufhebung darstellt.[1138]

III. Widerruf von Genehmigungen

Auch im Zusammenhang mit der Beachtung des Störungs- und Verschlechterungsverbots haben sich daher die Möglichkeiten der Aufhebung der Genehmigung als von großer Bedeutung erwiesen, was eigenständige Überlegungen einfordert.

Soweit Maßnahmen bei Vorliegen einer nicht ordnungsgemäßen Abarbeitung des Prüfprogramms des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL aufgrund der Pflichten des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu ergreifen sind, lag wegen des Verstoßes bei Genehmigungserteilung gegen § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG eine rechtswidrige Genehmigung vor. Daher kann auf die obenstehenden Ausführungen zur Rücknahme einer Genehmigung auf der Grundlage von § 48 VwVfG[1139] verwiesen werden. Darüber hinaus ist jedoch auch ein Widerruf der Genehmigung zu prüfen, da gerade im Fall einer sich erst nachträglich erweisenden Eignung zu Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL regelmäßig eine zunächst rechtmäßige Genehmigung vorliegen wird.

Für den Bereich des Küstenmeeres kommt ein Widerruf der Genehmigung aus dem in § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG genannten Grund in Betracht.

Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG darf eine Genehmigung widerrufen werden, wenn eine nachträglich eingetretene Änderung der tatsächlichen Situation der Erteilung einer Genehmigung entgegensteht und ohne den Widerruf eine

[1136] SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der Fassung des Art. 26 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2542).

[1137] Entwurf einer SeeAnlV (2011), Besonderer Teil, Begründung zu § 16 Abs. 4: „es wird insoweit nichts Neues geregelt."

[1138] Siehe allgemein Hk-VerwR/*Störmer,* § 36 VwVfG, Rn. 41.

[1139] 5. Kapitel, B., II.

Gefährdung des öffentlichen Interesses eintritt. Der Kreis an „Situationen" ist grundsätzlich weit zu verstehen, so dass als Bezugskoordinaten, neben dem Anlagenbetrieb selbst, auch Belastungen aus anderen Quellen heranzuziehen sind.[1140] Zu denken ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere an kumulative Auswirkungen mit anderen Nutzungen im Meeresbereich, die durch einen intensiven Ausbau der Windenergienutzung auf dem Meer erst recht in Betracht kommen. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach verbreiteter Ansicht nachträglich eingetretene Tatsachen auch bei neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen über die von bestimmten Betriebsweisen oder Emissionen ausgehenden Gefahren bejaht werden.[1141]

Zusammengefasst betrifft der Widerrufsgrund in § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG also Umstände, die den Fall einer zu Tage tretenden Eignung zu Verschlechterungen und Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL erfassen.

Ist an sich auch die weitere Voraussetzung der Gefährdung des öffentlichen Interesses weit zu verstehen[1142], muss in Hinblick auf das gemeinsame Naturerbe davon ausgegangen werden, dass im Fall einer Eignung zu Verschlechterungen und Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL der geforderte drohende Schaden an Allgemeingütern[1143] besteht.

Auch der Widerruf steht grundsätzlich im Ermessen der Behörde. Im Fall eines Widerrufs ist jedoch ein Anspruch des Betroffenen nach § 21 Abs. 4 BImSchG auf Ersatz des negativen Interesses in Betracht zu ziehen, allerdings nur, soweit sein Vertrauen in den Bestand der Genehmigung schutzwürdig ist. Soweit dieses bei grob fahrlässiger Unkenntnis verneint wird[1144], kann auf obenstehende Ausführungen zur Regelung in § 48 Abs. 3 VwVfG[1145] entsprechend verwiesen werden. Anzumerken ist jedoch, dass mit Blick auf die sich unionsweit abzeichnenden normativen Unterschutzstellungen eine Rechtsänderung bereits erkennbar gewesen sein kann, was im Einzelfall der Schutzwürdigkeit die Grundlage entzogen haben kann.[1146]

Für die auf der Grundlage von § 49 VwVfG erfolgende[1147] Aufhebung von Genehmigungen oder Planfeststellungsbeschlüssen nach der SeeAnlV kann insgesamt auf die entsprechenden Ausführungen zur Rechtslage im Küstenmeer verwiesen werden, da § 21 BImSchG weitgehend § 49 VwVfG entspricht.[1148]

[1140] *Koch,* in: ders./Pache/Scheuing, II. Teil, § 21, Rn. 47; siehe auch *Hansmann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 21 BImSchG, Rn. 32.

[1141] *Jarass,* BImSchG, § 21, Rn. 11 m.w.N.

[1142] *Hansmann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 21 BImSchG, Rn. 35.

[1143] Siehe *Hansmann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 21 BImSchG, Rn. 35.

[1144] *Jarass,* BImSchG, § 21, Rn. 31.

[1145] 5. Kapitel, B., II.

[1146] Vgl. hierzu allgemein *Hansmann,* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 21 BImSchG, Rn. 61.

[1147] Vgl. Hk-VerwR/*Kastner,* § 48 VwVfG, Rn. 7. Ebenso schon *Brandt/Gaßner,* SeeAnlV, § 15, Rn. 4.

[1148] Trotz der allein entstehungsgeschichtlich begründeten Aufnahme von § 21 BImSchG kann es im Einzelfall einer abweichenden Auslegung aus dem Blickwinkel des Immissionsschutzrechts

E. Ergebnisse zum 5. Kapitel

Die Untersuchung der Rechtslage im nationalen Recht zur Umsetzung etwaiger Nachsteuerungspflichten hat gezeigt, dass es im habitatschutzrechtlichen Zusammenhang allein der Genehmigungs- bzw. Planfeststellungsbehörde obliegt, die Genehmigung bzw. den Planfeststellungsbeschluss im Rahmen ihrer Befugnisse zu verändern, einzuschränken oder gar aufzuheben. Dieses erfasst, abgesehen von Situationen unmittelbar drohender Gefahren, aufgrund einer Legalisierungswirkung auch jede mittelbare Berührung des materiellen Gehalts der Genehmigung oder des Planfeststellungsbeschlusses.

In Bezug auf eine unter Umständen erforderliche Anwendung des § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG hat sich gezeigt, dass sich dieser seinem Wortlaut nach der erneuten Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung nicht verschließt, soweit für ein Projekt eine neue Zulassung begehrt wird. Dieses kommt letztlich vor allem nach einer Aufhebung der Genehmigung in Betracht. Eine Rücknahme der Genehmigung richtet sich sowohl im Bereich des Küstenmeeres als auch im Bereich der AWZ nach § 48 VwVfG.

Da eine Aufhebung unter Wertungsgesichtspunkten hierbei jedoch nicht in jedem Fall überzeugt, kommt, neben einer teilweisen Rücknahme, insbesondere auch der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nach § 54 Abs. 1 VwVfG in Betracht. In diesem muss sich der Betreiber des Windparks verpflichten, von der erteilten Erlaubnis bis zum positiven Ergebnis einer Verträglichkeitsprüfung keinen Gebrauch mehr zu machen. Die Erklärung ist mit der Abgabe einer Unterwerfungserklärung nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zu verbinden. Wird auf diese Weise die erforderliche Aussetzung der Genehmigung erreicht, kann nach der Neufassung der SeeAnlV sodann durch ein ergänzendes Verfahren nach § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG der Mangel behoben werden.

Auch eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG auf den Zeitraum nach der Genehmigungserteilung ist nicht verwehrt. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung anordnet, dass die Frage des Vorliegens einer erheblichen Beeinträchtigung im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG anhand der Maßgaben des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu ermitteln ist.

Zu beachten ist, dass die Regelung in § 33 Abs. 1 S. 2 BNatSchG zwar grundsätzlich aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 2 FFH-RL unanwendbar ist. Im vorliegenden Zusammenhang eröffnet sie jedoch den Weg einer Umsetzung der gebotenen analogen Anwendung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL. Die von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL sogar losgelöste Befreiungsmöglichkeit nach § 67 Abs. 1

bedürfen (*Jarass,* BImSchG, § 21, Rn. 1). Da vorliegend jedoch Auswirkungen des Habitatschutzrechts als Spezialmaterie des Naturschutzrechts zu thematisieren sind, kann von einem Gleichauf ausgegangen werden.

BNatSchG ist dagegen selbst unter Berücksichtigung der weiteren Anforderungen des § 67 Abs. 2 S. 1 1. Alt. BNatSchG unter keinem Gesichtspunkt anwendbar.

Zur Umsetzung des Störungs- und Verschlechterungsverbots kann allerdings nicht auf § 17 Abs. 1 BImSchG zurückgegriffen werden, da dieser nicht zur Durchsetzung oder Konkretisierung der Pflichten anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ermächtigt. Nachträgliche Maßnahmen der Immissionsschutzbehörde erlauben aber die §§ 20, 21 BImSchG sowie § 48 VwVfG. Soweit auch diesbezüglich zunächst die Aufhebung der Genehmigung vorausgesetzt ist und dieses zu Wertungswidersprüchen führt, bietet ebenfalls der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags nach § 54 Abs. 1 VwVfG gekoppelt mit der Abgabe einer Unterwerfungserklärung nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO einen Ausweg.

Die Befugnisse des BSH als Anlagenzulassungsbehörde für den Bereich der AWZ für nachträgliche Maßnahmen sind in habitatschutzrechtlicher Hinsicht im Vergleich zur Rechtslage im Küstenmeer deutlich flexibler gestaltet. Neben den in § 16 SeeAnlV vorgesehenen Reaktionsmöglichkeiten sieht § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG die Möglichkeit einer Planergänzung vor. Die Hinzunahme von weiteren Schutzmaßnahmen, wie sie gerade im hier gegebenen naturschutzrechtlichen Zusammenhang gut denkbar erscheint, stellt das Schulbeispiel für eine Planergänzung dar.

Keine Antwort enthält die SeeAnlV in diesem Zusammenhang auf die Frage, ob und wie noch nach altem Recht erfolgte oder zu erteilende Genehmigungen mit nachträglichen Auflagen verbunden bzw. bereits festgesetzte Auflagen geändert oder ergänzt werden dürfen.

Was schließlich einen möglichen Widerruf einer Genehmigung anbelangt, richtet sich dieser im Bereich des Küstenmeeres nach § 21 BImSchG. In der AWZ ist § 49 VwVfG anzuwenden.

6. Kapitel: Der Fall „Butendiek“

Nachdem Erkenntnisse gewonnen wurden, welche Schutzgebiete im Untersuchungsbereich existieren und in welchem räumlichen Bezug sich diese zu den Windparkvorhaben verhalten, welches Schutzreglement vor und nach Genehmigungserteilung zu beachten ist, und jeweils die relevante nationale Umsetzungsgesetzgebung untersucht wurde, werden diese Erkenntnisse auf das unter habitatschutzrechtlichen Gesichtspunkten besonders angegriffene Vorhaben „Butendiek“ angewandt, um hiermit einen Beitrag zu der Beantwortung der im Zentrum stehenden Frage zu leisten, ob die z.T. zu dem Projekt geäußerten Bedenken berechtigt sind.

Der Fall „Butendiek“ hat auch im juristischen Schrifttum Widerhall gefunden, der von dem „Ins-Spiel-Bringen“ politischer und wirtschaftlicher Interessen[1149] über die Erkenntnis eines übergeordneten Steuerungsbedarfs[1150] bis hin zu Zweifeln an dem zugrunde gelegten Schutzmaßstab[1151] reicht.

Allein letztgenannter Aspekt soll hier thematisiert werden, ohne hiermit eine abschließende Bewertung zu bezwecken. Dieses folgt zum einen daraus, dass eine juristische Arbeit nicht den Anspruch hat, naturwissenschaftliche Einschät-

[1149] Siehe *Czybulka,* ZUR 2003, 329 (332).
[1150] *SRU,* Sondergutachten, S. 83.
[1151] *Gellermann/Schreiber,* NuR 2003, 205 (206).

zungen[1152] anders zu bewerten oder gar zu widerlegen, und ist zum anderen der Tatsache geschuldet, dass eine solche nur unter Hinzuziehung weiterer, z.T. unzugänglicher Unterlagen und Informationen in Betracht käme. Es erfolgt daher nur eine vorläufige Bestandsaufnahme, ob anhand der erteilten Genehmigungen davon ausgegangen werden kann, dass die ermittelten juristischen Bezugskoordinaten fachlich-methodisch eingehalten oder verkannt wurden.

A. Untersuchung der Genehmigung anhand des zu gewährenden Schutzstandards

Die im Jahr 2002 erteilte Genehmigung des Windparks „Butendiek“ wurde zu einem Zeitpunkt erteilt, als das Gebiet „Östliche Deutsche Bucht“ weder gemeldet noch zum Vogelschutzgebiet erklärt war.[1153] Auch für das Gebiet „Sylter Außenriff“ fand erst geraume Zeit nach der Genehmigungserteilung eine Aufnahme in die nationale Gebietsliste statt, der die Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung im Jahr 2007 nochmals nachgelagert war.[1154]

Während das in diesen heutigen Schutzgebieten gelegene Vorhaben von Seiten der Naturschützer wegen seiner Auswirkungen auf die schon zur Entstehung anstehenden Schutzgebiete von Beginn an abgelehnt wurde[1155], wurde von Seiten des BMU unter Berufung darauf, dass vorsorglich sowohl im Hinblick auf eine Schutzwürdigkeit des Vorhabensgebiets als mögliches Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung als auch als späteres Vogelschutzgebiet eine Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde, diese Kritik zurückgewiesen.[1156]

Letztgenannter Ansatz ist nach den im Rahmen dieser Untersuchung gewonnenen Erkenntnissen positiv zu würdigen. Aus naturschutzrechtlicher Perspektive kommt es auf grundsätzliche Positionierungen zu einem Standort derartiger Projekte innerhalb der Schutzgebiete im Meeresraum[1157] nicht an,

---

[1152] Zu den naturwissenschaftlichen Einschätzungen sei einerseits auf die Ausführungen in der Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, „Offshore-Windpark Butendiek“, insbesondere auf den S. 40 ff. und 48 ff., verwiesen, andererseits auf die Studie der *BioConsult SH/GFNmbH,* Offshore-Bürger-Windpark Butendiek, Umweltverträglichkeitsprüfung (UVS), Verträglichkeitsprüfung für potentielle Natura-2000-Gebiete, 2002. Zu aktuellen Erkenntnissen siehe auch *Krause/Wollny-Goerke/Boller u.a.,* NuL 2011, 397 (407) sowie das Internetangebot des BfN unter http://www.bfn.de/0314_nordsee_meeresschutzgebiete.html (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014). Allgemein kann nach den dortigen Angaben davon ausgegangen werden, dass die besondere Bedeutung des Schutzgebiets für den Schweinswal außer Zweifel steht.

[1153] Zu Einzelheiten siehe 2. Kapitel, B., III., 2.

[1154] Siehe 2. Kapitel, A., II.

[1155] Siehe bereits die Ausführungen und Nachweise im Rahmen der Einleitung.

[1156] *BMU,* Pressemitteilung v. 23.12.2002, Nr. 310/02; siehe auch SH LT-Drs. 15/3041, S. 2.

[1157] Grundsätzlich ablehnend der *NABU,* Pressemitteilung v. 7.5.2003.

sondern allein darauf, ob das Vorhaben eine unter habitatschutzrechtlichen Gesichtspunkten unzulässige Beeinträchtigung des Gebiets zur Folge hat.

Wie das BMU treffend annimmt, kann ein Vorhaben ungeachtet der Frage, ob überhaupt bereits vorgelagerte Pflichten aufgrund des Vorliegens eines faktischen Vogelschutzgebiets oder eines potenziellen FFH-Gebiets bestanden haben, jedenfalls dann nicht in Konflikt mit derartigen Pflichten getreten und damit als Gefährdung der Meeresumwelt im Sinne des § 3 S. 1 Nr. 1 2. Alt. SeeAnlV a.F.[1158] einzustufen gewesen sein, wenn es in Bezug auf die hiermit verbundenen Anforderungen oder sogar hinsichtlich weitergehender Voraussetzungen hilfsweise geprüft wurde und diese als erfüllt anzusehen waren.[1159]

Eingeordnet in den heutigen Erkenntnisstand kann man sich daher zu Recht auf den Standpunkt stellen, dass angesichts der Durchführung der Verträglichkeitsprüfung im Hinblick auf das Gebiet „Sylter Außenriff" keine Genehmigungsversagung möglich war[1160], da selbst bei Vorliegen eines potenziellen FFH-Gebiets Vorwirkungen der Richtlinie jedenfalls beachtet wurden, es sei denn, man zweifelt die Prüfung selbst an.

Angesichts der analog § 34 Abs. 1 des BNatSchG aus dem Jahr 2002[1161] für das Gebiet „Östliche Deutsche Bucht" durchgeführten Verträglichkeitsprüfung ist zwar darauf hinzuweisen[1162], dass im Fall der Existenz eines faktischen Vogelschutzgebiets der unmittelbar anzuwendende Art. 4 Abs. 4 VRL den maßgeblichen Prüfungsmaßstab beinhaltet. Zugleich ist aber im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Schutzintensität[1163] und der aufgrund der festgestellten Verträglichkeit fehlenden Veranlassung, über eine Abweichungsentscheidung zu befinden, davon auszugehen, dass der getroffenen Einschätzung damit nicht zwingend der Boden entzogen wird.

Im Ergebnis kann daher aufgrund dieses von der Genehmigungsbehörde gewählten Vorgehens eine juristische Auseinandersetzung mit der Genehmigung zum Windpark „Butendiek" allein an der Frage ansetzen, ob der tatsächlich zugrunde gelegte Schutzstandard materiell den Anforderungen entspricht.

Ob die Schwierigkeiten, vor denen sich die Genehmigungsbehörde aufgrund der Verzögerungen bei der administrativen Ausführung der FFH-RL gestellt sah, seinerzeit sachgerecht gelöst wurden oder ob bei der festgestellten Verträglichkeit des Vorhabens der Schutzmaßstab verkannt wurde, ist aus heutiger Sicht hierbei

[1158] Seinerzeit galt die SeeAnlV v. 23.1.1997 (BGBl. I, S. 57) in der durch Art. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften v. 25.3.2002 (BGBl. I, S. 1193(1216) geänderten Fassung.

[1159] Zum Schutzmaßstab bei faktischen Vogelschutzgebieten siehe 3. Kapitel, D.; zu potenziellen FFH-Gebieten oben 4. Kapitel, B., I.

[1160] Eine Prüfung für ein „etwaiges FFH-Schutzgebiet nach § 38 BNatSchG für Schweinswale" ist erfolgt, Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek", S. 40 ff.

[1161] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

[1162] Eine Prüfung für ein „etwaiges Schutzgebiet nach § 38 BNatSchG für Seetaucher" wurde durchgeführt, Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek", S. 48 ff.

[1163] Siehe 3. Kapitel, D.

jedoch nicht mehr unmittelbar entscheidend, da ungeachtet der Frage, ob die Genehmigung seinerzeit eine unzulässige ernsthafte Beeinträchtigung in einem potenziellen FFH-Gebiete zugelassen hat, das Gebiet gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL seit Aufnahme in die Gemeinschaftsliste dem Regime des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL unterliegt und dieser den Schutz des Gebiets auch bei Vorliegen derartiger bereits erteilter Genehmigungen umfassend gewährleistet.[1164] Folgenlos ist die durchgeführte Verträglichkeitsprüfung dennoch nicht, da in Ergänzung zu den Überlegungen des Gerichtshofs in der Rs. C-6/04 davon auszugehen ist, dass die Verpflichtung aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL auch zu einer erneuten Überprüfung des Projekts anhält, wenn der Standard der Verträglichkeitsprüfung seinerzeit nicht gewahrt wurde.[1165]

Festzustellen ist, dass die Genehmigungsbehörde sich seinerzeit mit den Auswirkungen von Schalleinträgen auseinandergesetzt hat und im Zusammenspiel mit den entsprechenden schadensbegrenzenden Nebenbestimmungen davon ausging, dass keine beeinträchtigenden Auswirkungen durch das Vorhaben eintreten können.[1166] Diese Einschätzung kann im Rahmen dieser – juristischen – Arbeit auch aus derzeitiger Perspektive nicht mit der für eine derartige Einschätzung gebotenen Sicherheit in Frage gestellt werden.

Die dortigen Einlassungen eignen sich vielmehr grundsätzlich, die Ablehnung von Störungen der Arten im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu rechtfertigen. Trotz bereits im Genehmigungsbescheid selbst zu erkennender Schwierigkeiten, da naturwissenschaftliche Kenntnisse noch nicht vorlagen,[1167] ist mangels ersichtlicher abweichender Erkenntnisse für dieses Projekt und seine konkrete Lage und Konfiguration auch nicht zwingend abweichend gegenüber der Bewertung der Genehmigungsbehörde davon auszugehen, dass eine Verschlechterung des Gebiets durch einen Flächenverlust oder eine nachteilige Veränderung von Habitaten der Schweinswale droht.

Jedoch ist nicht nur darauf hinzuweisen, dass bereits das Verbreitungsgebiet des Schweinswals noch relativ unerforscht war und ist und daher die Beurteilung des Habitats dieser Lebewesen ohnehin einige Mühe bereitet, sondern auch auf die beispielhafte Aufzählung von Gefährdungen durch Offshore-Windparks für das Gebiet „Sylter Außenriff“ im Rahmen der Formulierung der vorläufigen Erhaltungsziele. Diese machen gerade auf derartige mögliche Auswirkungen aufmerksam.[1168]

[1164] Siehe 4. Kapitel, B., II., 2.

[1165] Hierzu näher 4. Kapitel, A., IV., 8.

[1166] Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek“, S. 40 ff.

[1167] Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek“, S. 42.

[1168] Erhaltungsziele für das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ in der deutschen AWZ der Nordsee, Bundesamt für Naturschutz, Stand Januar 2008, S. 20. Zu den seinerzeit überhaupt verfügbaren, großräumigeren Erkenntnissen über die Habitate der Schweinswale siehe S. 28 f. der Genehmigung des BSH v. 18.12.2002 für den Offshore-Windpark „Butendiek“.

Zieht man hinzu, dass man heute davon auszugehen hat, dass das „Sylter Außenriff" das „Kerngebiet" für Schweinswale in der deutschen AWZ ist[1169], wird man umgekehrt auch Zweifel in Bezug auf das Vorliegen eines unzulässigen Flächenverlustes des Habitats dieser Art bereits durch die Errichtung der Anlagen nicht ohne Weiteres von der Hand weisen können. Im Ergebnis ist daher als offen zu bezeichnen, ob der erforderliche Schutzstandard insoweit eingehalten wurde.

Was die Wahrung des Schutzstandards für das Vogelschutzgebiet „Östliche Deutsche Bucht" anbelangt, ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, dass es auf das Vorliegen eines faktischen Vogelschutzgebiets[1170] aus heutiger Sicht nicht mehr ankommt, da das Gebiet gem. Art. 7 FFH-RL inzwischen dem Schutz des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL unterliegt.[1171]

An dessen Maßstäben gemessen, ist festzustellen, dass die Genehmigung eine zu vermeidende Verschlechterung der Habitate des von dem Gebiet geschützten Seetauchers erlaubt. Das BSH hat in seiner Genehmigung den Standpunkt vertreten, dass angesichts des Gesamthabitats der anzunehmende Flächenverlust nicht erheblich sei, und sich auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip berufen.[1172]

Nach hier vertretener Ansicht ist dagegen jede Inanspruchnahme von Habitaten der Arten, für die das Gebiet ausgewiesen wurde, stets als Verschlechterung zu werten.[1173] Dieses Feststellung könnte gravierender kaum sein: Da derartige Verschlechterungen gem. Art. 6 Abs. 2 FFH-RL bzw. § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG zu vermeiden sind, ist die Genehmigung aufzuheben, soweit nicht, wie hier in derartigen Konstellationen grundsätzlich befürwortet, ausnahmsweise die entsprechende Anwendbarkeit der Abweichungsmöglichkeit nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG für zulässig gehalten wird und deren Voraussetzungen vorliegen. Ein Bestandsschutz besteht nach den hier ermittelten Erkenntnissen dagegen nicht. Vielmehr ist insoweit das Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit der Genehmigung aufgrund der hoch umstrittenen habitatschutzrechtlichen Zulässigkeit des Projekts deutlich abgeschwächt und muss daher gegenüber dem Interesse der Union an der Durchsetzung des bezweckten effektiven Schutzes des Natura-2000-Gebiets zurücktreten.[1174]

[1169] Siehe hierzu sowie zum aktuellen Forschungsstand die Angaben unter: http://www.bfn.de/0314_sylter-aussenriff.html (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

[1170] Tendenziell von einem faktischen Vogelschutzgebiet ausgehend VG Hamburg, NuR 2004, 543 (545).

[1171] Vgl. 4. Kapitel, C.

[1172] Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek", S. 50 ff.

[1173] Siehe oben 3. Kapitel, B., II., 4.

[1174] Ein allgemeiner Bestandsschutz des Projekts aufgrund einer Genehmigungserteilung vor Ausweisung des Schutzgebiets (vgl. FAZ, v. 8.3.2011, Naturschutzamt bremst Offshore-Windstrom, S. 13) ist mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rs. C-127/02 und C-226/08 insoweit unvereinbar; ein abweichendes Ergebnis ist auch unter Verhältnismäßigkeits- und Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht geboten; siehe hierzu auch oben 4. Kapitel, A., V.

Gleichwohl ist es fehlerhaft, das Projekt bereits aufgrund dieser Sachlage endgültig abzulehnen. Stattdessen verdeutlicht gerade der auch vom BSH angesprochene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass eine Anwendung der Regelung in § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG grundsätzlich geboten ist. Zwar ist eine Gebietsbeeinträchtigung selbstentwaffnend nicht deswegen zu verneinen, weil eben deren Feststellung droht. Jedoch kann die Versagung einer Zulassung des Projekts aufgrund einer erheblichen Beeinträchtigung sich als unverhältnismäßig darstellen, welchem durch die Abweichungsmöglichkeit gerade Rechnung getragen wird.[1175]

Dafür, dass die Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung[1176] vorliegen, spricht einiges:

Unter der Voraussetzung, dass die Genehmigung keine weiteren Schwierigkeiten aufwirft, besteht, ungeachtet des Vorliegens einer streng genommen fehlerhaften Verträglichkeitsprüfung und des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches, Klarheit über die hervorgerufenen Beeinträchtigungen. Insofern kann also problemlos auf eine Worst-Case-Betrachtung zurückgegriffen werden. Dass das öffentliche Interesse an dem Beitrag des Projekts zu einer sicheren und regenerativen Energieversorgung und dessen Bedeutung für die Entwicklung der Beschäftigungs- und Wirtschaftsstruktur das des Naturschutzes überwiegen, ergibt sich aus dem vom BSH ermittelten markant untergeordneten Flächenverlust. Standort- oder Durchführungsalternativen, mit denen sich der Zweck des Projekts ebenso erreichen ließe, sind nicht vorgetragen worden.[1177]

Ganz besondere Beachtung verdient jedoch, dass gerade dieses Beispiel vor Augen führt, dass den eingangs erläuterten Bedenken von Seiten der Naturschützer dadurch Rechnung getragen wird, dass nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 5 BNatSchG bei Beschreitung dieses Wegs Kohärenzmaßnahmen zu ergreifen sein dürften. Gerade deshalb wird mit der zunächst als Formalismus anmutenden Aufhebung der Genehmigung bei späterer Neuerteilung keinesfalls ein Selbstzweck, sondern ein eigenständiger Beitrag zur Sicherung des europäischen Naturerbes verfolgt.

Diese Vorgabe wird in praktischer Hinsicht gewiss die Herausforderung bereithalten, sachgerecht zu ermitteln[1178], wie die Blockierung zentraler Teile des Schutzgebiets durch den Windpark durch Verbesserungen wieder ausgeglichen werden kann. Unmöglich erscheint es indes nicht, da auch insofern im Rahmen einer Worst-Case-Betrachtung die geforderte hohe Wahrscheinlichkeit der Wirksamkeit einer Maßnahme erreicht werden kann.[1179] Kommen hierbei vor allem großflächige Erweiterungen an anderer Stelle in Betracht, wird es darüber

[1175] Vgl. 3. Kapitel, B., II., 9., a), (3).
[1176] Zu Einzelheiten 3. Kapitel, B., III.
[1177] Siehe hierzu auch die Genehmigung des BSH v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek", S. 23 f.
[1178] Kritisch daher allgemein *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (279).
[1179] Vgl. hierzu 3. Kapitel, B., III., 5.

hinaus auch einige Anstrengungen bereiten, Flächen zu ermitteln, die nicht bereits von anderen Vorhaben oder Nutzungen in Anspruch genommen werden.

B. Bewertung

Im Ergebnis zeigt die genaue Betrachtung des Falls „Butendiek" daher, dass das als Hemmschuh für Infrastrukturvorhaben aufgefasste Habitatschutzrecht zwar von jeder Seite ein äußerst anspruchsvolles Programm abfordert, aber entgegen seinem Ruf in der Lage ist, selbst äußerst gegenläufigen Interessen gerecht zu werden.

Insbesondere ist es sicherlich nachvollziehbar, mit den nach vielen Jahren zur Entstehung gelangten Schutzgebieten auch den Anspruch zu verbinden, diese von großdimensionierten Einwirkungen wie der Errichtung eines Offshore-Windparks fernzuhalten. Aus rechtlicher Perspektive ist dieses jedoch kein beachtlicher Standpunkt, da der Schutz der Gebiete keinen dahingehenden Ansatz verfolgt. Maßstab für die Beurteilung des Konflikts ist allein die Frage, ob dieses Vorhaben das Gebiet in seinen Gewährleistungen beeinträchtigt. Selbst wenn dieses, wie beim Windpark „Butendiek", der Fall ist, ist damit jedoch keineswegs gesagt, dass die Interessen des Naturschutzes oder des Vorhabensträgers hintanstehen müssen. Da das BSH hier eine Abweichungsentscheidung in Betracht zu ziehen hat, kann der Vorhabensträger unter deren Voraussetzungen sein Projekt verwirklichen. Eine einseitige Bevorzugung des Naturschutzes erfolgt daher bereits nach dem derzeitigen Auslegungsstand des unionsrechtlich überformten Habitatschutzrechts nicht.[1180] Der Wahrung des Schutzgebietsnetzes trägt umgekehrt der Kohärenzausgleich Rechnung.

Zugleich zeigt sich erneut, wie wichtig eine ordnungsgemäße Abarbeitung des Programms der Richtlinien ist. Mag auch die Skepsis vor großflächigen Schutzgebietserrichtungen gerade aufgrund der hiermit normativ zu Protokoll gegebenen Einschränkungen nachvollziehbar sein, ist es Aufgabe der Behörden und der Politik zu vermitteln, dass dieses mit erheblichen Vorteilen verbunden ist. Stärker als am Beispiel „Butendiek" kann es nicht zum Ausdruck gebracht werden: Eine Abweichungsentscheidung auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL wurde überhaupt erst durch die Unterschutzstellung des Gebiets „Östliche Deutsche Bucht" möglich. Wäre diese nicht erfolgt, wäre entsprechend der engen Grenzen einer Ausnahmemöglichkeit bei Vorliegen eines faktischen Vogelschutzgebiets nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-57/89[1181] ein vergleichbarer Weg verwehrt geblieben.

[1180] Tendenziell skeptischer *Stüer,* DVBl. 2007, 416 (423 f.).
[1181] EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. I-88, Rn. 21 ff. – Leybucht.

7. Kapitel: Bewertung der Ergebnisse

Die Untersuchung hat in der Gesamtschau zu dem Befund geführt, dass das Konfliktpotenzial zwischen dem Flächenschutz und der Windkraftnutzung auf dem Meer nicht grundsätzlich mit der Verwirklichung der energiepolitischen Ziele unvereinbar ist und dass zugleich bereits im Grobraster das Bemühen um eine Entflechtung der Problembereiche erkennbar ist.

Für den Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres sind ohnehin nur zwei Vorhaben geplant, die außerhalb der als schutzwürdig identifizierten Flächen liegen. Auch für die AWZ in der Nordsee wurde der Gegensatz zwischen dem Flächenanspruch der Offshore-Windkraftnutzung und dem Gebietsschutz zumindest etwas entschärft, da nach dem derzeitigen Raumordnungsplan in dieser Meereszone die Errichtung von Offshore-Windkraftanlagen in Natura-2000-Gebieten grundsätzlich unzulässig ist.

Die offenkundigen Verzögerungen bei der Errichtung des Natura-2000-Netzwerks im Untersuchungsbereich brachten es jedoch mit sich, dass selbst Jahre nach Beginn der Genehmigungstätigkeit des BSH noch keine hinreichend belastbare Identifizierung der maßgeblichen Konfliktbereiche bestand. Der nicht zuletzt durch die Einfügung von § 38 im Rahmen der Neuregelung des BNatSchG im Jahr 2002[1182] bezweckte Abbau von Unsicherheiten bei Projektträgern, Behörden und Naturschützern wurde hierdurch deutlich verfehlt. Insoweit

[1182] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

verkehrt ein Verständnis des Habitatschutzrechts als Investitionshindernis Ursache und Wirkung.

Andererseits ist dieses Bestreben bereits grundsätzlich mit überhöhten Erwartungen verbunden, da die mit dem Netzwerk zusammenhängenden dauerhaften Pflichten auch zu Nachsteuerungen am Netzwerk führen, so dass durch einen sachgerechten Aufbau des Netzwerks in den Meereszonen zwar Unsicherheiten beseitigt werden, aber gerade nicht festgeschrieben wird, dass im Folgenden nicht doch Konflikte hervortreten können. Daraus folgt, dass trotz der zwischenzeitlich erzielten Fortschritte im Untersuchungsbereich und der dadurch sicher zu identifizierenden Gebiete weitere zu schützende Flächen zu Tage treten können und es überdies in den bereits bestehenden Gebieten zu Akzentverschiebungen kommen kann.

Die damit für Vorhabensträger in den Vordergrund rückende Frage nach der inhaltlichen Ausgestaltung des zu beachtenden Schutzregimes sieht sich sodann wiederum mit erheblichen Unsicherheiten belastet. So tritt hinzu, dass auch bei der normativen Umsetzung der Richtlinienvorgaben nur schrittweise Fortschritte erzielt wurden. Obwohl beispielsweise zum Zeitpunkt der Genehmigung des Windparks „Alpha Ventus“ eine ausdrückliche Erstreckung des Geltungsanspruchs im seinerzeitigen BNatSchG aus dem Jahr 1998[1183] auf den Bereich der AWZ noch nicht erfolgt war oder zur Zeit der Erteilung der Vorbescheide für die im niedersächsischen Küstenmeer geplanten Windparks § 36 des seit 2002 zwischenzeitlich maßgeblichen BNatSchG[1184] an sich noch in Kraft war, mussten sich die Genehmigungsbehörden durch hilfsweise durchgeführte Prüfungen und teilweise eine analoge Anwendung einschlägiger Normen und die Hinzuziehung der Richtlinienbestimmungen behelfen. Erst rückblickend lässt sich insofern festhalten, dass trotz der unbefriedigenden Gesetzeslage das Prüfprogramm nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL weitgehend zur Anwendung gebracht werden konnte. Ähnlich pragmatisch wurde und wird gehandhabt, dass es trotz des Eingreifens des Pflichtenkanons des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL für FFH-Gebiete in der AWZ weiterhin an rechtsnormativ festgesetzten Erhaltungszielen mangelt.

[1183] BNatSchG in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.9.1998, BGBl. I, S. 2995.
[1184] BNatSchG v. 25.3.2002, BGBl. I, S. 1193.

Festzuhalten ist auch, dass die Befürchtungen von Seiten der Vorhabensträger durch die Strenge des Schutzmaßstabes in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL gewisse Bestätigung finden: Nach der zwischenzeitlichen Klärung durch den EuGH ist davon auszugehen, dass Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele stets auch eine Beeinträchtigung des Gebiets im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL darstellen, wenn nicht mit Gewissheit davon ausgegangen werden kann, dass die grundlegenden ökologischen Eigenschaften des Gebiets dauerhaft erhalten bleiben. Hierbei ist zu beachten, dass zum einen nachteilige Entwicklungen, die die Erhaltungsziele nicht berühren, zulässig sind, zum anderen jedoch auch zahlreiche Auswirkungen im Übrigen erfasst werden, die sich zwar nicht unmittelbar zu den geschützten Arten und Lebensraumtypen verhalten, aber auf deren Erhaltungsziele Einfluss haben.

Soweit man der Diskussion um „Reaktions- und Belastungsschwellen“ mangels gesicherter naturwissenschaftlicher Erkenntnisse gerade im vergleichsweise unerforschten Meeresbereich überhaupt besondere Relevanz beimessen möchte, ist in grundsätzlicher Hinsicht zu beachten, dass aufgrund des Gleichaufs des Schutzstandards von Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL die Errichtung und der Betrieb der Offshore-Windparks gleichwohl nicht zu einer Verschlechterung der Habitate der maßgeblichen Arten oder der relevanten Lebensraumtypen oder einer erheblichen Störung der bedeutsamen Arten führen darf. Erstgenanntes führt insbesondere bei der Errichtung eines Windparks in einem Schutzgebiet, wenn ein direkter Flächenverlust des Lebensraums einer Art, für die das Gebiet ausgewiesen wurde, eintritt, stets zu einer Unverträglichkeit des Projekts.

Bereits insoweit ist aber ebenso einzuschränken, dass zwar der Kritik an einem Naturschutz in der Ausprägung des unionsrechtlichen Habitatschutzrechts zuzugeben ist, dass wirtschaftliche Belange auf der Ebene der Auswahl der Schutzgebiete keine Berücksichtigung finden und Tendenzen einer weniger strengen Interpretation der Schutzgewährleistungen durch den EuGH eine deutliche Absage erteilt wurde. Kann dieses vor dem Hintergrund des bezweckten und vom Richtliniengeber für notwendig erachteten effektiven Biodiversitätsschutzes als Regelfall aber auch gar nicht anders sein, ist festzustellen, dass im Bereich der Nordsee bislang kein Vorhaben an den aufgestellten Hürden gescheitert ist.[1185] Zugleich fanden die aufgestellten Anforderungen schon im Planungsprozess der Vorhaben Berücksichtigung, so dass dem Zweck, unnötige Belastungen der Natur zu vermeiden, in einer nur schwer angreifbaren Art und Weise nachgekommen wird.

Dessen ungeachtet täuscht der angesichts der Schärfe der Vorgaben hervorgerufene Eindruck: Selbst wenn sich bei einigen Offshore-Projekten nachteilige Auswirkungen auf die Erhaltungsziele nicht ohne Weiteres ausschließen lassen

[1185] Siehe in diesem Zusammenhang auch *Wegener,* ZUR 2010, 227 (229) mit dem Hinweis darauf, dass auch an Land selbst die zunächst gestoppten Vorhaben, nach entsprechenden Nachsteuerungen, schließlich verwirklicht werden konnten.

sollten, ist damit das Projekt nicht zwingend unzulässig. Zu bedenken ist zunächst die Möglichkeit schadensbegrenzender Maßnahmen, die den Auswirkungen auf die Erhaltungsziele begegnen und auf diese Weise das derart modifizierte Projekt in einen zulassungsfähigen Zustand versetzen. Werden allerdings zur Vorsorge aufgrund von Unsicherheiten Überwachungspflichten angeordnet, sind diese nur dann zu berücksichtigen, wenn zugleich für den Fall entsprechender Erkenntnisse über nachteilige Auswirkungen auch schadensbegrenzende Anordnungen getroffen wurden. Allein die Anordnung der Anwendung des StUK hilft daher selbst unter Hinzunahme der Möglichkeiten nach § 16 Abs. 3 SeeAnlV der Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung aufgrund von Prognoseunsicherheiten nicht ab.

Deutet sich angesichts der Strenge des Schutzreglements des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL die besondere Bedeutung der Möglichkeit einer Abweichungsentscheidung für die Zulassung von Offshore-Windparks an, ist zu betonen, dass hinsichtlich Vogelschutzgebieten diese Möglichkeit überhaupt erst mit der Umsetzung der Verpflichtung zur Unterschutzstellung der Gebiete gem. Art. 7 FFH-RL eröffnet wird.

Die Genehmigungsbehörde wird sich im Rahmen einer Abweichungsentscheidung hinsichtlich der Windkraftvorhaben im Meeresbereich auf gewichtige Gründe stützen können. Diese sind namentlich das mit den Windparks verfolgte Interesse an einer sicheren und regenerativen Energieversorgung, der angestrebte technologische Fortschritt sowie industrie- oder wirtschaftspolitische Belange und positive Effekte auf den Arbeitsmarkt. Es handelt sich hierbei um Anliegen, die sich insbesondere bei eher geringen Auswirkungen auf das Schutzgebiet gegenüber dem Schutz des Gebiets durchzusetzen vermögen. Vorausgesetzt ist allerdings, dass keine Alternativen bestehen, sowie gegebenenfalls die Anordnung von Kohärenzmaßnahmen. Das Prüfprogramm beansprucht damit erneut nicht mehr als die Beachtung des allgemein anerkannten Anliegens, eine unnötige Zerstörung oder Verschlechterung von Gebieten mit besonderem naturfachlichen Wert zu vermeiden, und trägt zugleich den mit den Vorhaben einhergehenden Interessen Rechnung. Problematisch ist vielmehr, dass durch jahrzehntelange Verschleppungen und fehlgeleitete Auslegungsansätze eine Drohkulisse aufgebaut wurde, die nun die Anwendung einer Abweichungsentscheidung erschwert.

Im Ergebnis ist das System stimmig und sachgerecht. Denn dieses fordert nur zunächst eine Ermittlung und Beurteilung der Auswirkungen eines Offshore-Windkraftprojekts ein und ermöglicht im Anschluss auch bei an sich unverträglichen Vorhaben eine Zulassung, wenn zusätzliche Voraussetzungen gegeben sind, die einer unangemessenen, unnötigen und unausgeglichenen Preisgabe der Schutzgewährleistungen vorbeugen.

Wegen der gegebenenfalls in Betracht zu ziehenden Kohärenzmaßnahmen erscheint es, die Verfügbarkeit entsprechender Flächen an anderer Stelle vorausgesetzt, unter dem Gesichtspunkt der nochmals zu forcierenden An-

strengungen zum Aufbau einer erheblichen Leistungskapazität aufgrund der Neuausrichtung der deutschen Energiepolitik nach der Katastrophe in den Atomreaktoren im japanischen Fukushima auch nicht einmal von vornherein ausgeschlossen, dass die derzeitige Positionierung einer räumlichen Trennung zwischen Natura-2000-Gebieten und der Windenergieerzeugung auf dem Meer in zukünftigen Raumplanungen zumindest gelockert wird, da entsprechend fachgerecht vorbereitete Lösungsvorschläge einer allgemein ablehnenden Haltung gegenüber Windparkerrichtungen in Meeresschutzgebieten ebenfalls die sachliche Grundlage entziehen.[1186]

Festzuhalten ist überdies, dass das zu Recht vielgescholtene Umsetzungsrecht der Bundesrepublik Deutschland zwar weiterhin entscheidende Mängel aufweist, sich aber unter diesen Voraussetzungen, jedenfalls unter Zugrundelegung des gegenwärtigen Rechtsstandes, an komplizierten und mannigfaltigen Vorhaben wie der Errichtung und des Betriebs von Offshore-Windparks in der AWZ der Nordsee und im niedersächsischen Küstenmeer vergleichsweise gut behaupten konnte. Dieses ist umso beachtlicher, wenn man berücksichtigt, dass das Habitatschutzrecht gegenüber den tradierten deutschen naturschutzrechtlichen Instrumentarien ungewohnte sprachliche und teilweise systematisch neu- und verschiedenartige Ansätze etabliert, was erfahrungsgemäß stets zu Reibungspunkten mit dem nationalen Recht führt. Hinzu kommt die Herausforderung, dass das Flächenschutzsystem nicht nur bei zukünftigen Genehmigungen Geltung beansprucht, sondern auch bei bereits erteilten Genehmigungen zu beachten war und ist.

Weiterhin ist zu betonen, dass zwar insbesondere neuere Auslegungserkenntnisse durch die Genehmigungsbehörden zumindest genauere Beachtung einfordern. Dessen ungeachtet hat die Sichtung der einschlägigen Genehmigungspraxis gezeigt, dass sich bereits bisher mit großer Aufmerksamkeit, Vorsicht und teilweise sogar Eigeninitiative den Zulassungsanforderungen des Habitatschutzrechts zugewandt wurde. Nimmt man hinzu, dass es sich nur um einen der vielen verschiedenen bei den umfangreichen Genehmigungsverfahren zu beachtenden, jeweils selbst umfassenden Gesichtspunkte handelt, darf man daher die Erwartung formulieren, dass dem Flächenschutzsystem auch in Zukunft ein besonderes Augenmerk gewidmet wird.

Zuletzt ist festzustellen, dass durch die zahlreichen Gesetzesänderungen zur stückweisen Annäherung an richtlinienkonforme Regelungen, die verzögerte administrative Durchführung, die Änderungen im Zuge der Föderalismusreform und die Neuordnung des Anlagenzulassungsrechts für Windkraftanlagen im Bereich der AWZ, teilweise jeweils auch noch einhergehend mit Übergangsregelungen, in einem ohnehin selbst für Spezialisten thematisch besonders herausfordernden und schwierigen Themenfeld eine außerordentliche Unübersichtlich-

[1186] Zu beachten wären jedoch gegebenenfalls die durch eine Schutzgebietsausweisung nach § 20 Abs. 2 BNatSchG gesetzten Grenzen.

keit verursacht wurde. Es ist allerdings zweifelhaft, ob selbst mit großem gesetzgeberischen Aufwand angesichts der Bindungen an höherrangiges Recht die Möglichkeit besteht, diesen Schaden zu beheben, ohne neue Probleme hervorzurufen.

A. Die Rolle der Naturschutzverbände und der Kommission bei der Verwirklichung des Habitatschutzrechts de lege lata

Aus der Perspektive des ermittelten strengen Schutzreglements de lege lata wirft die Untersuchung dessen ungeachtet unmittelbar die Frage nach einer Verwirklichung der ermittelten Ansprüche auf.

Mit Blick auf die teilweise jahrzehntelange Verschleppung bei der Mitwirkung, aber auch die aufgedeckten Angriffspunkte der Genehmigungen wäre die Zuträglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung der Verletzung von Vorschriften der Richtlinien durch den Einzelnen gerade bei großflächigen Infrastrukturvorhaben, wie sie durch die Offshore-Windkraftprojekte verfolgt werden, für die Verwirklichung des Schutzes des europäischen Naturerbes bereits unter präventiven Gesichtspunkten schwerlich in Abrede zu stellen.

Im Zuge der Entscheidung des EuGH in Rs. C-201/02 erhielt die Diskussion um ein verfahrensrechtliches Recht eines Einzelnen aus der UVP-RL neue Nahrung.[1187] Die FFH-RL dagegen verleiht nach Einschätzung der Generalanwältin Kokott[1188] und des ihr folgenden BVerwG[1189] dem Einzelnen keine Rechte.

Diese Erkenntnis ist zutreffend. Ob eine konkrete Norm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, ist weder im Unionsrecht normativ geregelt noch kann bislang als hinreichend geklärt gelten, wann eine solche Norm im Einzelfall anzunehmen ist. Die derzeitig überwiegend vertretenen Ansichten lassen verschiedene Kriterien erkennen, die je nach Sichtweise und Herleitung als hinreichend oder notwendig anzusehen sind.[1190]

In Anlehnung an Äußerungen des EuGH wird für die Verleihung eines Rechts mitunter vorausgesetzt, dass die unionsrechtliche Norm den Schutz Einzelner bzw. individueller Rechtsgüter bezweckt.[1191] Eine derartige Regelungsintention verfolgt Art. 6 Abs. 3 FFH-RL nicht. Die Norm dient vielmehr dem Ziel, die

---

[1187] Zusammenfassend *Siems,* NuR 2006, 359 (359 ff.).

[1188] Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 143.

[1189] BVerwGE 128, 358 (Rn. 35 f.).

[1190] Zu den verschiedenen Auffassungen *Gellermann,* in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes, § 36, Rn. 16 m.w.N.

[1191] *Gellermann,* in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes, § 36, Rn. 18 m.w.N.

Erhaltung der Lebensräume und Arten in Natura-2000-Gebieten zu schützen.[1192] Auf den Einzelnen ist der Schutz dagegen nicht gerichtet. Das BVerwG weist daher zutreffend darauf hin, dass die FFH-RL im Gegensatz zu anderen Richtlinien gerade nicht dem Schutz der Gesundheit dient und ebenso wenig den Naturgenuss in den Schutzgebieten zu sichern bestimmt ist.[1193]

Jedoch ist ein individuelles Recht nach anderen Ansätzen bereits dann zu bejahen, wenn die Regelung zumindest auch die Interessen des Einzelnen berührt.[1194] Dieses schließt, da dem Schutz von Allgemeingütern stets auch der Schutz der Interessen Einzelner innewohnt, auch Belange der Allgemeinheit ein.[1195] Derartige Interessen werden mit dem durch die FFH-RL anvisierten Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen verfolgt. Angesichts der Reichweite dieser Überlegung, die zumindest beim Wort genommen auch nur mittelbar oder faktisch gar nicht in ihren Interessen tangierte Personen erfasst, ist anerkannt, dass sich so gestaltete Vorschriften für den Einzelnen nur dann aktualisieren können, wenn dieser an deren Beachtung ein „unmittelbares Interesse" vorweisen kann.[1196]

Die Generalanwältin Kokott erkennt jedoch in dem Interesse Einzelner an der Erhaltung des europäischen Naturerbes allenfalls ein mittelbares Interesse.[1197] Das heißt, dass zwar grundsätzlich über das Naturerbe hinaus weitere Interessen an der Einhaltung der Richtlinie angemeldet werden können. Diese Interessen haben mit dem Schutzzweck der Norm allerdings nichts mehr gemein, sondern stellen, wie die Generalanwältin an dieser Stelle treffend formuliert, nur einen „Reflex" dar.[1198] Ein unmittelbares Interesse, das mit dem bezweckten Schutz in Zusammenhang steht, besteht daher nicht.

Verleiht im Ergebnis Art. 6 Abs. 3 FFH-RL keine subjektiven Rechte, folgt hieraus zugleich, dass es dem Einzelnen auch an dem verfahrensrechtlichen Gegenstück, also der Geltendmachung der Verletzung eigener Rechte, mangelt. Klagen, die auf einen derartigen Anspruch gerichtet sind, fehlt es daher bereits an der erforderlichen Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 1. Alt. VwGO.[1199]

[1192] So die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 143 sowie BVerwGE 128, 358 (Rn. 35).

[1193] BVerwGE 128, 358 (Rn. 35 f.).

[1194] *Epiney,* NVwZ 1999, 485 (488).

[1195] *Epiney,* NVwZ 1999, 485 (488); *Gellermann,* in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes, § 36, Rn. 20.

[1196] EuGH, Urt. v. 11.7.1991, Rs. C-87/90, Slg. I-3775, 3790, Rn. 23 – Verholen.

[1197] Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 143.

[1198] Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 29.1.2004, Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7409, Rn. 143.

[1199] VG Oldenburg, NuR 2009, 145 (147 f.). Aus dem Fehlen eines subjektiven Rechts folgt zugleich, dass kein unionsrechtlicher Haftungsanspruch zum Tragen kommen kann, obwohl der EuGH einen Schadensersatz in der Rs. C-201/02 ansprach (EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-201/02, Slg. I-723, Rn. 66 – Wells) und dessen Ansätze hier auf den Bereich der FFH-RL im Übrigen übertragen wurden. Dazu, dass § 3 SeeAnlV keine drittschützende Wirkung zukommt, BVerfG, NVwZ-RR 2010, 555 (556) sowie hierzu *Wemdzio/Ramin,* NuR 2010, 189 (189 ff.).

Diese an das tradierte deutsche Rechtsverständnis anknüpfende und auch im Rahmen von zwischenzeitlich abgewiesenen Klagen durch Umweltverbände gegen die Genehmigung von Offshore-Windparks bemühte Ansicht[1200] wurde, in Bezug auf derartige Nichtregierungsorganisationen, durch ein neueres Urteil des EuGH nachhaltig erschüttert.

Der EuGH geht davon aus, dass Umweltverbänden unter Berufung auf Art. 10a UVP-RL der Zugang zu den Gerichten gewährt werden muss, da anderenfalls der dort angesprochene „weite Zugang zu Gerichten" nicht eingehalten und das Effektivitätsprinzip nicht gewahrt würde. Der Gerichtshof begründet diese Sichtweise damit, dass die Beachtung der Umweltvorschriften des Unionsrechts regelmäßig auf allgemeine Interessen gerichtet sei und daher die bezweckte Überprüfung faktisch theoretischer Natur bleibe, so dass es auf das Vorliegen eines subjektiven Rechts im eigentlichen Sinn nicht ankommen dürfe.[1201] Da in dem Ausgangsrechtsstreit ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 FFH-RL in Rede stand, hat der EuGH in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hingewiesen, dass zu den Umweltvorschriften, deren Einhaltung Umweltverbände über die Brücke des Art. 10a UVP-RL überprüfen lassen können, auch Art. 6 FFH-RL zählt.[1202] Unter Berücksichtigung des Engagements von Umweltverbänden sowohl im Zusammenhang mit dem Natura-2000-Netzwerk als auch der Errichtung von Windkraftanlagen im Meeresbereich ist unmittelbar zu erwarten, dass sich der vom EuGH diesen Organisationen zugemessenen Aufgabe bei der Verwirklichung des unionsrechtlich überformten Habitatschutzrechts mit beachtlicher Aufmerksamkeit zugewendet werden wird.

Gleichwohl bleibt der Schutz des europäischen Naturerbes selbst bei gravierenden Infrastrukturvorhaben wie der Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windparks naturgemäß zuvörderst auf die Respektierung der strengen Obersätze durch die Genehmigungsbehörden angewiesen.

Hierbei kann man es daher durchaus als Vervollständigung und Abrundung verstehen, dass die Richtlinie sowie gegebenenfalls der Grundsatz der Unionstreue fortgesetzte Pflichten für den Fall statuieren, dass Nachsteuerungen erforderlich werden. Auch insoweit wird die Handhabung allerdings den Genehmigungsbehörden überantwortet.

Die jahrelang verweigerte administrative Ausführung mag daher geeignet sein, die Schärfe dieses Schwerts in Frage zu stellen. Mit Blick auf die zu erwartenden jahrelangen Verfahrenszeiten gilt dieses selbst in Ansehung der vorstehend benannten prozessualen Möglichkeiten der Umweltverbände. Dem Grunde nach ist wegen dieser Abhängigkeit daher ein zumindest temporäres Schutzdefizit zu vermuten, welches den bezweckten effektiven Schutz durch die Hintertür doch

---

[1200] Siehe VG Hamburg, NuR 2004, 543 (545 f.); bestätigt von OVG Hamburg, NuR 2005, 472 (474).

[1201] EuGH, Urt. v. 12.5.2011, Rs. C-115/09, Slg. I-3673, Rn. 46 ff. – Trianel.

[1202] EuGH, Urt. v. 12.5.2011, Rs. C-115/09, Slg. I-3673, Rn. 55 ff. – Trianel.

dem nationalstaatlichen Mitwirkungswillen anheimstellt – erst recht bei kollidierenden nationalstaatlichen Interessenlagen, wie sie bei den hehren wirtschafts- und energiepolitischen Zielsetzungen für die Offshore-Windkraftnutzung sinnfältig zum Ausdruck kommen.

Abstrahiert man diesen Gedankengang, ist die dahinterstehende These jedoch, dass auch in einer Europäischen Union in ihrem heutigen fortgeschrittenen Integrationsstadium das richtliniengestützt im Wege des indirekten Vollzugs zur Verwirklichung gedachte Habitatschutzrecht schon aufgrund der Herkunft und Kompetenzlage grundlegend und naturgemäß mit einem Defizit ausgestattet ist – eine Erwägung, die den rechtlichen Grundlagen der Union nicht gerecht wird. Sind einerseits die Vollzugsautonomie der Mitgliedstaaten und das Subsidiaritätsprinzip zu den tradierten Rechtsprinzipien zu zählen, auf denen die Union ruht[1203], ist andererseits auch geradezu exemplarisch zu erkennen, dass das Habitatschutzrecht keiner Beliebigkeit preisgegeben wird.

Denn die entscheidende Erkenntnis des schwerfälligen Entstehungsprozesses ist, dass für eine Effektivität des Schutzreglements die Gewährleistung und die Kontrolle durch eine übernationale Einrichtung unabdingbar sind. Diese Rolle ist auch im Rahmen des indirekten Vollzugs der Kommission als Hüterin der Verträge zugedacht. Ihr obliegt es, dem herausgearbeiteten strengen und dauerhaften Geltungsanspruch des unionsrechtlich geformten Flächenschutzsystems dann zur Geltung zu verhelfen, wenn ein Mitgliedstaat seine unionsrechtlichen Pflichten verletzt. Dass die Kommission sich dieser Aufgabe gerade auch im Bereich des indirekten Vollzugs des Habitatschutzrechts mit beachtlichen Anstrengungen zuwendet, zeigt die Fülle an Vertragsverletzungsverfahren auch gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Vollzugsdefiziten im Zusammenhang mit dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL.[1204] Ist daher im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen ein Handeln der Kommission ohne Weiteres zu erwarten, zeigt die von offizieller Seite jüngst eingenommene Vorsicht in Bezug auf problematisch erscheinende Projekte[1205], dass dieses Einschreiten der Kommission seine Wirkung nicht verfehlt.

Die entscheidende Vervollständigung der rechtlichen Möglichkeiten zur Steuerung eines unionstreuen Verhaltens der Mitgliedstaaten stellt hierbei die drohende Zahlung von Zwangsgeldern dar. Mag die vielfache Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit Verstößen gegen die VRL und die FFH-RL gezeigt haben, dass der vor allem politischen Signalwirkung einer Verurteilung durch den EuGH wegen eines Vertragsverstoßes bei Interessengegensätzen von entsprechendem Gewicht durchaus Grenzen gesetzt sind, war es

[1203] Siehe hierzu *Kadelbach,* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 110 ff.
[1204] Vgl. die Aufstellung in der BT-Drs. 16/8086, S. 8 ff.
[1205] Hierzu Bericht der FAZ, v. 8.3.2011, Naturschutzamt bremst Offshore-Windstrom, S. 13.

letztlich gerade diese finanzielle Tragweite[1206], die geeignet war, den entscheidenden Impuls für die bisherige Vervollständigung des Natura-2000-Netzwerks in Deutschland zu geben.

Es ist daher davon auszugehen, dass das Natura-2000-Netzwerk auch im Rahmen des indirekten Vollzugs seinen Schutz durchaus wirksam gewährleisten wird. Umgekehrt zeigt sich aus der Perspektive der Bundesrepublik Deutschland, mit welcher vertrauensvollen Aufgabe die Genehmigungsbehörden im Meeresbereich dauerhaft betraut wurden.

B. Erforderliche Änderungen de lege ferenda

In der Literatur wurden jenseits der Herausarbeitung von für Großvorhaben abträglichen Auslegungstendenzen[1207] bereits beachtliche Vorschläge für eine Änderung der sekundärrechtlichen Grundlagen selbst unterbreitet,[1208] die, soweit sie nicht Klarstellungen oder die Überführung der inzwischen gesicherten Erkenntnisse des gegenwärtigen Auslegungsstandes betreffen, auch Akzentverschiebungen, insbesondere im Rahmen der Vorhabenzulassung, anstreben. Selbst von politisch-offizieller Seite unter Einschluss einzelner europäischer Regierungschefs werden Stimmen laut, die eine Abschwächung der Schutzgewährleistungen der hier thematisierten Richtlinien einfordern.[1209] Kommissionskreisen zugeordnet werden überdies Überlegungen im Interesse der Versorgungsicherheit, verschiedene Belange gegenüber den Umweltaspekten als gleichrangig festzuschreiben.[1210] Hinzu kommt, dass die Kommission einen etwaigen Handlungsbedarf in Bezug auf das Natura-2000-Projekt derzeit evaluieren lässt.[1211] Auch im Zentrum dieser Anstrengungen steht das Ziel, den Aufwand der Unternehmen durch die Rechtsanwendung zu reduzieren,[1212] was zweifelsfrei am effektivsten durch eine Absenkung des Schutzstandards erreicht werden würde.

Ob derartige Ansätze Wirklichkeit werden und in Anbetracht des von der Bundesrepublik Deutschland forcierten Atomausstiegs nach der Katastrophe von Fukushima angesichts ihrer zentralen Rolle für die Energiepolitik der Bundesrepublik Deutschland auch Vorhaben zur Windkraftnutzung im Meeresbereich erfassen werden, ist bislang nicht abzusehen.

Die Ausarbeitung hat gezeigt, dass es zwar durchaus Konflikte zwischen den Offshore-Windkraftvorhaben und dem Flächenschutzsystem geben kann.

[1206] Vgl. hierzu BT-Drs. 15/1771, S. 4.
[1207] Vgl. nur *Stüer,* DVBl. 2007, 416 (417).
[1208] *Frenz,* UPR 2009, 5 (passim).
[1209] Vgl. den Überblick bei *Wegener,* ZUR 2010, 227 (227).
[1210] FAZ, v. 16.6.2010, S. 11, Die Europäische Kommission warnt vor einem Rohstoffmangel, siehe zu einer entsprechenden Bitte des Bundesrates auch BR-Drs. 342/1/11, S. 3.
[1211] *Europäische Kommission,* Pressemitteilung v. 2.10.2013, S. 3.
[1212] *Europäische Kommission,* Pressemitteilung v. 2.10.2013, S. 3.

Hiervon zeugen nicht nur die zwei bislang abgelehnten Vorhaben in der Ostsee, sondern auch die notwendigen erheblichen Anstrengungen für eine Beurteilung der Auswirkungen der eigentlich geplanten Projekte, die im Vergleich zu den Pilotphasen weitaus umfangreichere Dimensionen haben werden. Gerade die aufgezeigten und bereits angewandten Möglichkeiten, schadensbegrenzende Maßnahmen zu ergreifen, zeigen jedoch, dass es im Interesse des europäischen Naturerbes durchaus erstrebenswert ist, zunächst eine Planung im Einklang mit dessen Bedürfnissen anzuvisieren. Ist dieses aufgrund veränderter Belange der Energieversorgung nicht möglich, ist daran zu erinnern, dass Art. 6 Abs. 4 FFH-RL bereits jetzt einen für Offshore-Windkraftprojekte grundsätzlich gangbaren Weg aufzeigt, so dass sich derart gewichtige Vorhaben auch schon de lege lata im Einzelfall gegen die Naturbelange durchsetzen können. Eingedenk der Tatsache, dass bislang ohnehin noch bei keiner Genehmigung eines Offshore-Windkraftvorhabens auf die Abweichungsmöglichkeiten des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL zurückgegriffen wurde und diese Möglichkeit daher zunächst einmal zu bedenken ist, ist auch die lenkende und ausgleichende Funktion der Merkmale des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL zu würdigen. Daneben ist zu gegenwärtigen, dass die „nur" rechtfertigungsbedürftige Durchsetzung gegenüber den Naturbelangen stets sachgerecht ist, solange man nicht die grundsätzliche Positionierung verändert wissen will, dass der Schutz des europäischen Naturerbes nicht ein Aspekt unter vielen ist, sondern einer von besonderem Gewicht. Dafür aber, dass dieser allgemeine gesellschaftliche Konsens zur Disposition steht, sind keine Anhaltspunkte erkennbar. Die pauschale Überlegung einer Neugewichtung ist daher dem Verdacht ausgesetzt, diese Ansätze des bisherigen Systems zu verkennen oder zu ignorieren.

Deutlich wurde indes ein anderes Problem, das stattdessen zwingend im Vordergrund stehen sollte. Trotz der Ausblendung einer durchaus beachtlichen Vielzahl an Fragestellungen ist offensichtlich geworden, dass das Habitatschutzrecht zuvörderst darunter leidet, dass sich bereits den einschlägigen Richtlinienbestimmungen mitunter nicht einmal ansatzweise entnehmen lässt, welche Anforderungen sie an die Mitgliedstaaten stellen, oder dass diese sogar in die entgegengesetzte Richtung deuten. Erst bei näherer und strittiger Auseinandersetzung kann schließlich ein in sich durchaus schlüssiges und ausgewogenes System abgerungen werden. Wenn es aber bereits Schwierigkeiten bereitet, herauszufinden,

- welche Anforderungen überhaupt an eine ordnungsgemäße Unterschutzstellung der Gebiete gestellt werden,
- welches Schutzregime in Anbetracht der Regelung des Art. 7 FFH-RL anzuwenden ist,
- welche Ansprüche Art. 6 Abs. 3 FFH-RL an die Genehmigungsbehörden stellt, und schließlich,
- was die schwerfälligen Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL sind,

darf man sich nicht wundern, dass es für jeden Vorhabensträger ein praktisches Bedürfnis ist, sich mit derartigen Sorgen nicht belasten zu wollen. Konsequenz ist, dass dieser stattdessen darauf drängt, die Konfliktlage einfach, aber effektiv dadurch zu entschärfen, dass seinen Interessen Vorrang gegenüber dem Naturschutz eingeräumt wird. Zugleich wird erst auf diese Weise der Eindruck erzeugt, dass durch eine aus Vorhabensträgersicht abenteuerliche und überzogen strenge Auslegung Großvorhaben scheitern können, da das ausgewogene System mangels Anwendbarkeit und Anwendung überhaupt nicht wahrgenommen werden kann.

Daher ist weniger der Anspruch an den Sekundärrechtsgeber zu stellen, die Schutzmaßstäbe zu verändern, als vielmehr dem in allen Diskussionspunkten zum Ausdruck kommenden Erfordernis eindeutiger und ausführlicher Richtlinienbestimmungen gerecht zu werden.[1213] Bei dieser Gelegenheit sollte durchaus auch Überlegungen Raum gegeben werden, ob und wie die VRL vollständig in dem System der FFH-RL aufgehen kann.[1214] Denn wenn Art. 7 FFH-RL ohnehin eine wesentliche, wenn auch nicht ganzheitliche Funktionsübernahme vorsieht, erscheint es aus praktischer Sicht wenig hilfreich, mit weiteren Regelwerken zu zusätzlicher Unübersichtlichkeit beizutragen.

[1213] Vgl. in dieser Hinsicht die deutlichen Ausführungen von *Vallendar,* EurUP 2007, 275 (279 f.).

[1214] Eine Harmonisierung befürwortend *Frenz,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 34 Rn. 10 ff.

Zusammenfassung in Thesen

Thesen zum 1. Kapitel

1. Für die Errichtung von Offshore-Windparks in europäischen Meeresgebieten ist letztlich vor allem die im SRÜ vorgesehene Zonierung der Meere maßgeblich. Eine Errichtung von Windenergieanlagen kommt derzeit nur im Bereich des Küstenmeeres, das zum Staatsgebiet des Küstenstaates gehört und im Bereich der AWZ, in der dem Küstenstaat einzelne souveräne Rechte und Hoheitsbefugnisse zustehen, in Betracht.
   → dazu 1. Kapitel, A.
2. Der Geltungsanspruch der VRL und der FFH-RL im deutschen Küstenmeer und der deutschen AWZ ist heute unbestritten. Damit sind auch die in diesen Richtlinien, neben Regelungen zum Artenschutz, niedergelegten Vorschriften zum Flächenschutz anwendbar, die besonders im Fokus der Aufmerksamkeit stehen.
   → dazu 1. Kapitel, B. und C.
3. Während im deutschen Küstenmeer vergleichsweise wenig Offshore-Windkraftvorhaben geplant werden, liegt der Schwerpunkt des angestrebten Ausbaus der Offshore-Windenergienutzung in der deutschen AWZ. Ungefähr 2000 der anvisierten 5000 Anlagen wurden bereits genehmigt. Eine Errichtung und Inbetriebnahme ist bisher erst bei

wenigen Anlagen erfolgt. Alleine für die 2000 genehmigten Anlagen ist ein Flächenbedarf von ungefähr 4770 km² vorgesehen.
→ dazu 1. Kapitel, E., I.

4. Die verwirklichten oder konkret geplanten Windparks liegen, vom Windpark „Butendiek“ abgesehen, grundsätzlich außerhalb errichteter oder geplanter Meeresschutzgebiete, jedoch in unterschiedlichen Entfernungen zu diesen. Teilweise ist eine beachtliche Nähe festzustellen.
→ dazu 1. Kapitel, E., II.

5. Im Bereich des niedersächsischen Küstenmeeres und der deutschen AWZ in der Nordsee wurde eine Vielzahl an in den Anhängen der Richtlinien aufgeführten Arten und Lebensraumtypen identifiziert, allen voran der Sterntaucher, der Seehund, die Kegelrobbe, der Schweinswal sowie Riffe und Sandbänke. Die Natur ist in diesem Meereszonen insbesondere aufgrund fehlender Barrieren durch die Auswirkungen der Errichtung und des Betriebs eines Windparks besonders betroffen. Herrscht über die naturfachlichen Wertigkeiten zumindest im Detail in der naturwissenschaftlichen Disziplin teilweise noch Unklarheit, liefern nicht nur Forschungsanstrengungen, sondern auch erste Erfahrungen mit bereits verwirklichten Offshore-Windparks neue Erkenntnisse.
→ dazu 1. Kapitel, E., III.

6. Die FFH-RL ergänzt die VRL. Die Errichtung von Vogelschutzgebieten erfolgt weiterhin nach den Bestimmungen der VRL. Daher kann dieselbe Fläche nicht nur ein aufgrund der FFH-RL errichtetes Schutzgebiet, sondern daneben zugleich auch ein Vogelschutzgebiet beherbergen.
→ dazu 1. Kapitel, F.

7. Nach jahrelanger Nichtumsetzung erfolgte die normative Richtlinienumsetzung in der Bundesrepublik Deutschland ab dem Jahr 1998 zunächst durch vergleichsweise detailreiche und teilweise mit unmittelbarer Wirkung ausgestattete Rahmenregelungen des BNatSchG, die in Niedersachsen schließlich im NNatG umgesetzt wurden. Mit dem im Jahr 2002 in das damals neugefasste BNatSchG eingefügten § 38 BNatSchG a.F. wurde erstmals eine Vorschrift geschaffen, die den Aufbau und den Schutz des Natura-2000-Netzes im Bereich der AWZ betraf.
→ dazu 1. Kapitel, H., I., 1.

8. Nach einer erneuten Verurteilung durch den EuGH wurde das BNatSchG 2007 nochmals angepasst, bevor es schließlich im Jahr 2010 aufgrund der neuen verfassungsrechtlichen Kompetenzlage nach der Föderalismusreform vollständig durch bundesrechtliche Vollregelungen abgelöst wurde. Bei den Regelungen zum Meeresnaturschutz handelt es sich um abweichungsfeste Regelungen. Dieses gilt auch hinsichtlich des Küstenmeeres.
→ dazu 1. Kapitel, H., I., 3. und 5.

9. Der administrativen Umsetzung hat sich die Bundesrepublik Deutschland ebenfalls erst mit erheblicher Verspätung angenommen. Zur Abwendung einer drohenden Zweitverurteilung durch den EuGH wurden im Herbst 2006 schließlich die von der Kommission als schützenswert eingestuften Flächen gemeldet. Die Unterschutzstellung einiger Gebiete ist noch nicht abgeschlossen.
   → dazu 1. Kapitel, H., II.
10. Wegen der lange Zeit fehlenden Identifizierung der maßgeblichen Konfliktbereiche waren die entstandenen Verzögerungen dem anvisierten Ziel einer umfangreichen Nutzung des Windes im Meeresbereich zur Energiegewinnung potenziell abträglich und führten dazu, dass umfangreichen Forschungsanstrengungen nicht die Faktenlage zugrunde gelegt werden konnte, die nach zwischenzeitlichen Zielsetzungen längst hätte geschaffen werden sollen.
   → dazu 1. Kapitel, H., II.
11. Die Aufgabe der Ableitung des erzeugten Stroms ist seit der Einfügung der Regelung des § 17 Abs. 2a S. 1 EnWG a.F. im Jahr 2006 nicht mehr von den Betreibern der Windparks zu schultern. Durch die Neuregelungen in den §§ 17b ff. EnWG n.F. zur Aufstellung eines Offshore-Netzentwicklungsplans hat der Gesetzgeber diesen Weg fortgeschrieben.
   → dazu 1. Kapitel, I.
12. Für Offshore-Windparks im Küstenmeer ist eine Genehmigung nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG einzuholen. Die Genehmigungsvoraussetzungen sind § 6 Abs. 1 BImSchG zu entnehmen.
   → dazu 1. Kapitel, I.
13. Im Bereich der AWZ erfolgt die Anlagenzulassung nach der SeeAnlV, die 2012 umfassend novelliert wurde. Kernelement der Neuregelung war die Einführung einer Planfeststellung u.a. für die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen. § 5 Abs. 6 SeeAnlV n.F. benennt hierzu den bisherigen Vorgaben vergleichbare Voraussetzungen als abwägungsfeste Belange.
   → dazu 1. Kapitel, I.
14. Offshore-Windkraftvorhaben sind Projekte im Sinne des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL. Die in dieser Vorschrift vorgesehene Prüfung und Bewertung wurde in § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG als Zulassungstatbestand ausgestaltet, der im eigentlichen Anlagenzulassungsverfahren, das als Trägerverfahren dient, zu berücksichtigen ist. Den entsprechenden Anknüpfungspunkt bildet § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG bzw. § 5 Abs. 6 Nr. 3. 2. Alt. SeeAnlV.
   → dazu 1. Kapitel, J.

15. Zwischen der Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL und der UVP ist streng zu unterscheiden. Insbesondere ist keines der beiden Verfahren als eigenständiges (Träger-)Verfahren ausgestaltet.
→ dazu 1. Kapitel, K.

Thesen zum 2. Kapitel

16. In einer ersten Stufe werden durch den Mitgliedstaat alleine anhand der in Anhang III (Phase 1) der FFH-RL genannten Kriterien nationale Gebietslisten erstellt. Insbesondere wirtschaftliche Erwägungen finden keine Berücksichtigung. § 32 Abs. 1 BNatSchG überantwortet die Gebietsauswahl den Ländern. Für den Bereich der AWZ ist gem. § 57 Abs. 1 S. 1 BNatSchG das BfN für die Auswahlentscheidung zuständig.
→ dazu 2. Kapitel, A., I., 1. und 2.
17. Das einzige gemeldete, wenngleich flächenmäßig herausragende Gebiet des niedersächsischen Küstenmeeres betrifft den Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer", der sich jedoch hinsichtlich der erfassten Flächen von dem eigentlichen Nationalpark unterscheidet. Im Mai 2004 hat das BMU im Zuge von Nachmeldungen für den Bereich der AWZ in der Nordsee die Gebiete „Doggerbank", „Sylter Außenriff" und „Borkum-Riffgrund" als Meldegebiete übermittelt.
→ dazu 2. Kapitel, A., I., 3.
18. Mangels der vorausgesetzten rechtzeitigen Übermittlung der Meldegebiete, konnte der als zweite Phase gem. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 FFH-RL vorgesehene Entwurf einer Gemeinschaftsliste erst mit Verzögerungen erstellt werden. Der Kommission kam bei diesem Schritt die Aufgabe zu, die gemeinschaftliche Bedeutung der von den Mitgliedstaaten vorgeschlagenen Gebiete anhand der Kriterien des Anhangs III (Phase 2) FFH-RL zu beurteilen. Schließlich wurde eine Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung gem. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 FFH-RL beschlossen. Nach Art. 4 Abs. 4 FFH-RL haben die Mitgliedstaaten die gelisteten Gebiete als Schutzgebiete auszuweisen.
→ dazu 2. Kapitel, A., I., 4.
19. Die Liste mit Gebieten für den atlantischen biogeografischen Raum wurde erst 2004 verabschiedet und zwischenzeitlich mehrfach aktualisiert. Die für die Nordsee und den Bereich der AWZ in der Nordsee gemeldeten Gebiete wurden aufgenommen.
→ dazu 2. Kapitel, A., II.
20. Obwohl die deutschen Gebietsmeldungen nach Ansicht der Kommission nunmehr hinreichend sind, ist dieses nur so zu interpretieren, dass der Bundesrepublik Deutschland zurzeit kein Vorwurf unvollständiger Gebietsmeldungen gemacht werden kann.
→ dazu 2. Kapitel, A., III., 2.

21. Auch nach Abschluss der Phase der Erstellung der nationalen Gebietslisten nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL treffen die Mitgliedstaaten dauerhafte Meldepflichten, da die Errichtung des Natura-2000-Netzwerkes nur ein Hilfsmittel zum Erreichen des bezweckten effektiven Habitatschutzes ist. Ungeachtet etwaiger Nachsteuerungen am Gebietsnetz als Kohärenzmaßnahmen nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ist insbesondere Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL eine Pflicht des Mitgliedstaates zur Meldung weiterer für schutzwürdig erachteter Gebiete zu entnehmen, gegebenenfalls i.V.m. Änderungen der sekundärrechtlichen Grundlagen selbst.
→ dazu 2. Kapitel, A., III., 3.
22. Das Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1995/2225 ist wegen der nicht mehr in Rede stehenden unzureichenden Gesamtmeldung an Gebieten durch die Bundesrepublik Deutschland endgültig abgeschlossen.
→ dazu 2. Kapitel, A., III., 4.
23. Für das niedersächsische Küstenmeer hatte die Ausweisung des Nationalparks „Niedersächsisches Wattenmeer" bis zum 8. Dezember 2010 zu erfolgen. Die Gebiete „Doggerbank", „Sylter Außenriff" und „Borkum-Riffgrund" im Bereich der AWZ in der Nordsee sind nicht wie erforderlich bis zum 13. November 2013 unter Schutz gestellt worden.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV.
24. Entgegen dem durch Art. 1 lit. l) FFH-RL erweckten Eindruck hat die Unterschutzstellung regelmäßig durch eine rechtsnormative Ausweisung zu erfolgen. § 32 Abs. 4 BNatSchG ist daher äußerst restriktiv anzuwenden.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV., 1.
25. Aufgrund einer Meldeanpassung des Gebiets „Niedersächsisches Wattenmeer" wurde die textliche Beschreibung der Gebietsgrenzen des entsprechend in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommenen Gebiets erst durch die Neufassung des § 2 Abs. 3 NWattNPG im Jahr 2010 gesetzlich nachvollzogen. Zuvor wurde durch § 2 Abs. 3 S. 4 NWattNPG a.F. Vorsorge getroffen. Dieser Vorschrift ließ sich jedoch keine exakte Gebietsabgrenzung entnehmen.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV., 2.
26. Bei der Unterschutzstellung sind, anders als § 10 Abs. 1 Nr. 9 des BNatSchG in der Fassung aus dem Jahr 2002 nahelegte, nach Art. 4 Abs. 4 FFH-RL Prioritätensetzungen erforderlich, anhand derer Schwerpunkte für den Schutz und die Förderung der Gebiete gesetzt werden und die zueinander in einem Vorrangverhältnis stehen. Entsprechend sind auch die in Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL zum Bezugspunkt erhobenen Erhaltungsziele als Soll-Vorgaben hinsichtlich des zukünftigen Zustands des konkreten Gebiets zu verstehen.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV., 3., a) und b)

27. Der zur Erreichung der Erhaltungsziele erforderliche Schutz wird daneben regelmäßig auch konkrete Regelungen in Form von Ge- und Verboten bedingen, um einer Ungeeignetheit des Schutzes durch im Einzelfall sachwidrige Spielräume vorzubeugen.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV., 3., c)
28. Innerstaatlich erfolgt die Unterschutzstellung im Regelfall gem. § 32 Abs. 2 BNatSchG durch Erklärung zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV., 3., e)
29. Nach § 23 Abs. 2 S. 1 (gegebenenfalls i.V.m. § 24 Abs. 3) BNatSchG zu untersagende Aktivitäten können auch außerhalb der geschützten Flächen vorgenommene Maßnahmen betreffen. Erfolgt eine entsprechende Regelung nicht, verschließt sich insoweit ein Rückgriff auf hergebrachte Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Windkraftanlagen an Land.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV., 3., e)
30. Der in § 32 Abs. 3 S. 1 BNatSchG benannte Schutzzweck ist richtlinienkonform dahingehend zu verstehen, dass die vom Unionsrecht geforderte Festsetzung hinreichend konkretisierter Erhaltungsziele gemeint ist. Zugleich muss den in § 32 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BNatSchG angesprochenen jeweiligen Erhaltungszielen umgekehrt überlagernd ein bereits derart hinreichendes Verständnis beigemessen werden, dass die Wahl der Schutzgebietskategorie wie auch die geforderte Ausgestaltung der als Schutzzweck bezeichneten Erhaltungsziele nicht vereitelt werden.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV., 3., e)
31. Mangels ausdifferenzierter Erhaltungsvorgaben in den Vorgängerregelungen wurden erst mit der Neufassung im Jahr 2010 in § 2 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Anlage 5 NWattNPG rechtsnormativ festgelegte Erhaltungsziele für das Gebiet „Nationalpark Niedersächsisches Wattenmeer“ geschaffen. Die Verbote der §§ 6 ff. NWattNPG sind hinsichtlich der außerhalb der Flächen des Nationalparks geplanten Offshore-Windparks nicht einschlägig. Der Gesetzgeber hat diese Vorhaben folglich nicht als grundsätzlich unverträglich bewertet.
→ dazu 2. Kapitel, A., IV., 4.
32. Die Erklärung zum Schutzgebiet gem. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 und Abs. 2 VRL, durch die Vogelschutzgebiete in die juristische Wirklichkeit treten, und die Meldung der Gebiete als Teil der Verpflichtung zur Übermittlung sachdienlicher Informationen an die Kommission gem. Art. 4 Abs. 3 VRL sind zu unterscheiden. Die Pflicht der Erklärung zum Schutzgebiet umfasst die Verleihung eines geeigneten Schutzstatus.
→ dazu 2. Kapitel, B.
33. Die Auswahl der für die Erhaltung der Arten des Anhangs I „zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete“ gem. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 VRL hat

der Mitgliedstaat zuvörderst an ornithologischen Gesichtspunkten auszurichten. Soweit Gründe des Gemeinwohls, die Vorrang vor den mit der Richtlinie verfolgten Umweltbelangen haben, Beachtung finden, zählen wirtschaftliche Erfordernisse nicht hierzu.
→ dazu 2. Kapitel, B., I.

34. Soweit in Einzelfällen wegen der ornithologisch besonders herausragenden Qualität eines Gebiets hinsichtlich der Zugehörigkeit zum Kreis der geeignetsten Gebiete kein Spielraum besteht, ist die Erklärung zum Schutzgebiet zwingend. Ist sie unterblieben, wird dieses Gebiet als „faktisches Vogelschutzgebiet" bezeichnet.
→ dazu 2. Kapitel, B., I.

35. Auch hinsichtlich der Vogelschutzgebiete ist für die Zukunft nicht dauerhaft ausgeschlossen, dass erneute Auswahlpflichten eintreten können, wie insbesondere die in Art. 15 der VRL angelegte Anpassung des Anhangs I der VRL durch ein besonderes Verfahren und der auch mit der VRL verfolgte effektive Biodiversitätsschutz verdeutlicht.
→ dazu 2. Kapitel, B., I.

36. Die Erklärung zum Vogelschutzschutzgebiet hat nach heute unstrittiger Ansicht rechtsnormativ zu erfolgen. Dieses schließt die inhaltliche Ausgestaltung der Erklärung zum Vogelschutzgebiet und gebietsspezifische Konkretisierungen ein. Vereinfachend kann insofern davon ausgegangen werden, dass auch insoweit Soll-Vorgaben im Sinne von Erhaltungszielen zu formulieren sind.
→ dazu 2. Kapitel, B., II., 1. und 2.

37. § 32 Abs. 2 bis 4 und § 57 Abs. 2 BNatSchG sind bei nach der VRL zu schützenden Flächen genauso anzuwenden, wie bei Vorliegen eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung.
→ dazu 2. Kapitel, B., II., 3.

38. Niedersachsen hatte in § 34b Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 2 NNatG ein zweistufiges Verfahren zur Unterschutzstellung von Vogelschutzgebieten etabliert, dessen erste Stufe die Erklärung zum Schutzgebiet darstellte, der als zweite Stufe die Unterschutzstellung nachgelagert war. Hinsichtlich des bereits bestehenden Nationalparks „Niedersächsisches Wattenmeer" ist zu beachten, dass die Ausweisung gem. der Eingangsformel des § 34b Abs. 2 NNatG unterbleiben durfte. § 34b Abs. 3 und 4 NNatG übernahmen den Gehalt der Regelungen des § 33 Abs. 3 und 4 des BNatSchG in der seit 2002 maßgeblichen Fassung.
→ dazu 2. Kapitel, B., II., 3.

39. Auch hinsichtlich der Vogelschutzgebiete ist die heute in § 32 Abs. 2 BNatSchG enthaltende Ausnahmeregelung äußerst restriktiv anzuwenden.
→ dazu 2. Kapitel, B., II., 4.

40. Im niedersächsischen Küstenmeer beherbergt der Nationalpark „Niedersächsisches Wattenmeer“ zu großen Teilen ein Vogelschutzgebiet, das jedoch mit dem eigentlichen Nationalpark nicht deckungsgleich ist. 2010 erfolgten eine bereits am 30. Juli 2007 beschlossene Erweiterung und zugleich die seeseitige Ergänzung um weitere Flächen. Bei der letztgenannten Gebietsaufnahme handelt es sich um eine Integration von zwei im Jahr 2007 zusätzlich zu Vogelschutzgebieten erklärten Gebieten, die national auch unter der Bezeichnung „Küstenmeer vor den ostfriesischen Inseln“ und „Roter Sand“ firmierten. Das Gesamtgebiet wird heute als „Niedersächsisches Wattenmeer und angrenzendes Küstenmeer“ bezeichnet. Im März 2010 beschloss die Landesregierung, dieses Gebiet erneut um das Vogelschutzgebiet „Borkum Riff“ zu erweitern.
→ dazu 2. Kapitel, B., III., 1.
41. Die entsprechenden Schutzgebietsausweisungen der Nationalparkflächen wurden 2001 bzw. 2010 durch § 2 Abs. 2 NWattNPG vorgenommen. Jenseits der Übernahme abstrakter Zielformulierungen der VRL fanden sich bis 2010 gebietsspezifische Erhaltungsvorgaben nur in der Anlage der Begründung des Gesetzentwurfs zum NWattNPG aus dem Jahr 2001. Diese verfehlten den Anspruch einer rechtsnormativen Festsetzung, waren jedoch inhaltlich vergleichsweise detailliert ausgestaltet. Mit der Neufassung des NWattNPG im Jahr 2010 wurden die Erhaltungsziele in § 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Anlage 5 NWattNPG gesetzlich verankert.
→ dazu 2. Kapitel, B., III., 1., a)
42. Den Erweiterungsflächen „Küstenmeer vor den ostfriesischen Inseln“ und „Roter Sand“ aus dem Jahr 2007 wurde der erforderliche Schutzstatus im Jahr 2007 durch entsprechende Verordnungen verliehen. Mit der Integration der Flächen im Jahr 2010 in das Vogelschutzgebiet nach § 2 Abs. 2 S. 1 NWattNPG traten die Verordnungen außer Kraft.
→ dazu 2. Kapitel, B., III., 1., c)
43. Aufgrund von Gebietsstreitigkeiten mit den Niederlanden erfolgte erst im März 2010 die Erweiterung des Vogelschutzgebiets „Niedersächsisches Wattenmeer und angrenzendes Küstenmeer“ um das Gebiet „Borkum Riff“. Durch eine Verordnung vom 26. August 2010 wurde das Gebiet auch rechtsnormativ vergleichbar unter Schutz gestellt.
→ dazu 2. Kapitel, B., III., 1., c)
44. Auch das seit langem anhängige Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5117 wegen einer unzureichenden Meldung von Vogelschutzgebieten ist eingestellt worden. Daneben ist die zunächst streitige ökologische Wertigkeit der Flächen für die Windparks im niedersächsischen Küstenmeer zwischenzeitlich geklärt worden. Die Ausklammerung dieser Flächen bei der Unterschutzstellung von Vogelschutzgebieten im nieder

sächsischen Küstenmeer fand nach Einholung weiterer Gutachten im wissenschaftlichen Konsens statt.
→ dazu 2. Kapitel, B., III., 1., d)

45. In der AWZ in der Nordsee wurde allein das Gebiet „Östliche Deutsche Bucht“ als zu den geeignetsten im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL gehörig ausgewählt und durch die „Verordnung über die Festsetzung des Naturschutzgebiets ‚Östliche Deutsche Bucht‘“ im Jahr 2005 rechtsnormativ unter Schutz gestellt.
→ dazu 2. Kapitel, B., III., 2.

46. Die Mitgliedstaaten haben, nachdem sie ein Gebiet als zu den geeignetsten zugehörig anerkannt haben, keinen Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4, Abs. 2 VRL entsprechenden Beurteilungsspielraum mehr. Gleiches gilt angesichts des Aufstellungsverfahrens für die Gemeinschaftsliste ohnehin für FFH-Gebiete.
→ dazu 2. Kapitel, C., I.

47. Die in Art. 9 S. 2 FFH-RL angesprochene „Rückstufung“ eines FFH-Gebiets kann bei einer ganzheitlichen Verbesserung des Zustands der zu schützenden Lebensraumtypen oder Arten in Betracht kommen. Da FFH-Gebiete regelmäßig eine Vielzahl an Lebensraumtypen und Arten umfassen, sind in absehbarer Zeit allenfalls Teilaufhebungen in Betracht zu ziehen, soweit sich Teilabschnitte für einzelne Arten und Lebensraumtypen überhaupt isolieren lassen. Die VRL enthält keine Art. 9 S. 2 FFH-RL entsprechende Vorschrift.
→ dazu 2. Kapitel, C., I.

48. Jenseits der Regelung in Art. 9 S. 2 FFH-RL haben die Mitgliedstaaten für Schutzrückführungen besondere Gründe geltend zu machen, um den von den Richtlinien bezweckten Schutz im fortgeschrittenen Stadium der Richtlinienumsetzung nicht doch noch einer ungewünschten Beliebigkeit anheimzustellen. In Betracht kommt insbesondere, dass die naturfachliche Bedeutung von Beginn an nicht vorgelegen hat. Dieses ist gerade im vergleichsweise unerforschten Meeresbereich gut denkbar. Entsprechendes gilt auch, wenn nachträgliche Veränderungen zu einem dauerhaften Wegfall des Schutzgrundes geführt haben, es sei denn, dieses findet seine Ursache in einem unionsrechtswidrigen Handeln des Mitgliedstaates.
→ dazu 2. Kapitel, C., I.

49. Wirtschaftliche Interessen ermöglichen keine Aufhebung oder Änderung des Schutzstatus. Deren Verfolgung ist vielmehr gerade am Maßstab des zu gewährleistenden Schutzreglements zu messen.
→ dazu 2. Kapitel, C., II.

Thesen zum 3. Kapitel

50. Immer dann, wenn es um die Abwehr von nicht ausschließlich mit der unmittelbaren Gebietspflege in Zusammenhang stehenden Einflüssen geht, ist das Schutzreglement des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL anzuwenden.
→ dazu 3. Kapitel, A.
51. Die Maßgaben des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL sowie der zu deren Umsetzung ergangenen nationalen Regelungen in § 34 BNatSchG gehen als speziellere Regelungen dem allgemeinen Störungs- und Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL grundsätzlich vor. Die Schutzgewährleistungen erfassen ausweislich Art. 4 Abs. 5 FFH-RL nicht nur alle bereits unter Schutz gestellten Gebiete, sondern auch die nach nationalem Recht noch nicht ausgewiesenen Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung. Dieses betrifft sämtliche in die Gemeinschaftsliste aufgenommenen Gebiete in der AWZ der Nordsee. Aufgrund der Überleitungsvorschrift in Art. 7 FFH-RL beanspruchen die Vorgaben grundsätzlich auch für Vogelschutzgebiete Geltung.
→ dazu 3. Kapitel, B.
52. Strukturell lässt sich von der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung eine sog. Vorprüfung unterscheiden. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL benennt insofern zunächst eine Prüfschwelle. Bei Überwindung dieser Hürde wird die eigentliche Verträglichkeitsprüfung als zweite Stufe durchgeführt. Durch ein solches schematisches Vorgehen dürfen allerdings die Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL nicht unterlaufen werden. Der Prüfung am Maßstab der Erhaltungsziele ist bei Vorliegen relevanter Auswirkungen sodann die Untersuchung einer Beeinträchtigung des Gebiets „als solches" gem. Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL nachgelagert. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ermöglicht trotz negativer Beurteilung der Verträglichkeit unter gewissen Voraussetzungen im Wege einer Abweichungsentscheidung die Zulassung des Projekts. Es handelt sich hierbei um die Gewährleistung der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.
→ dazu 3. Kapitel, B., I.
53. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL fordert sowohl im Rahmen der Vorprüfung als auch in Bezug auf die eigentliche Verträglichkeitsprüfung eine Prüfung der Erheblichkeit der nachteiligen Auswirkungen eines Projekts im Hinblick auf die für das betroffene Gebiet festgelegten Erhaltungsziele ein. Nicht jede irgendwie geartete Beeinträchtigung naturwertiger Belange ist hierbei als eine unverträgliche Nutzung anzusehen. Selbst zu befürchtende gravierende Auswirkungen durch die Errichtung und den Betrieb großdimensionierter Offshore-Windparks auf die Schutzgebiete sind daher noch nicht einmal in jedem Fall geeignet, die Prüfschwelle zu überwinden oder ein Projekt als unverträglich zu kennzeichnen. Eine

besondere Erheblichkeit etwaiger Auswirkungen auf die Erhaltungsziele ist jedoch nicht gefordert.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 1.

54. Bei der Verträglichkeitsbeurteilung eines Offshore-Projekts sind kumulative Auswirkungen durch andere geplante Offshore-Windparks und weitere Nutzungen zu bedenken. Auch bereits genehmigte Vorhaben sind zu berücksichtigen. Unter Umständen hat das spätere Vorhaben zurückzutreten. Ansonsten sind bei Konflikten mit Windparks in Meeresgebieten anderer Mitgliedstaaten beide Vorhaben auf ein zulässiges Maß zu reduzieren; im Übrigen ist das Vorhaben zu bevorzugen, für das das frühere Ersuchen oder als erstes ein Antrag im Sinne des § 3 Abs. 1 und 3 SeeAnlV anzunehmen ist.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 2., a)

55. Derzeit verschärft der schlechte Erhaltungszustand der geschützten Lebensraumtypen und Arten aufgrund der hiermit einhergehenden Strenge zu formulierender Erhaltungsziele die Anforderungen. Erkenntnisse über Vorkommen von in den Anhängen der Richtlinien genannten Arten und Lebensraumtypen im Meeresbereich allein erlauben dagegen noch keinen Rückschluss auf die Verträglichkeit eines Offshore-Windkraftprojekts.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 2., b)

56. Von erheblicher Relevanz können auch andere als die geschützten Arten und Lebensraumtypen sein, weil die in den Erhaltungszielen zu formulierenden Soll-Größen regelmäßig eine Förderung der natürlichen Lebensbedingungen erfordern werden. Beispielhaft kann insoweit für den Meeresbereich auf das Makrozoobenthos verwiesen werden.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 2., b)

57. Aufgrund der Berücksichtigung der naturfachlichen Wertigkeit des Gebiets bei der Festlegung der Erhaltungsziele ist nicht einmal mit der Beherbergung der in den Anhängen I und II genannten Lebensraumtypen oder Arten zwangsläufig auch ein auf diese gerichtetes Erhaltungsziel verbunden.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 2., b)

58. Soweit die Unterstellung eines Gebiets noch aussteht, ist sich damit zu behelfen, die mutmaßlichen Erhaltungsziele auf der Basis der Meldedaten zu ermitteln. Dieses führt jedoch zu unnötigen Erschwernissen und gegebenenfalls auch zu den Projekten entgegengehaltenen Anforderungen, die im Folgenden gar nicht gestellt werden.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 2., b)

59. Die Unterschutzstellung einschließlich der Verbote und der Erhaltungsziele ist aus Gründen der Effektivität des bezweckten Schutzes notwendigenfalls zu aktualisieren.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 3.

60. Der Feststellung einer erheblichen Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL ist ein zweiter Schritt nachgelagert, in dem gem. Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL das Vorliegen einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches zu untersuchen ist.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 4.

61. Die Beeinträchtigung eines Gebiets als solches ist dann zu verneinen, wenn die mit den durch Gebietsaufnahme geschützten Vorkommen an Lebensraumtypen und Arten im Zusammenhang stehenden „grundlegenden Eigenschaften" dauerhaft erhalten werden. Die Frage, ob dieser Anspruch im Einzelfall gewahrt ist, ist am Maßstab der Definitionen des Art. 1 lit. e) und lit. i) FFH-RL zu beantworten.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 4.

62. Bei der näheren inhaltlichen Ausgestaltung dieses Prüfungsschritts ist zu berücksichtigen, dass zwischen den Regelungen in Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL ein Gleichauf besteht, da mit Art. 6 Abs. 3 FFH-RL kein weitergehender Schutz, sondern nur eine Vorabprüfung verankert werden sollte.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 4.

63. Zur Wahrung des Verschlechterungsverbots aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL dürfen gegenüber den Wertigkeiten bei Eintragung in die Gemeinschaftsliste keine Nachteile für die Lebensraumtypen und Lebensräume der Arten eintreten, zu deren Erhaltung und Wiederherstellung die Gebiete ausgewiesen wurden. Verschlechterungen der naturschutzfachlichen Qualität der maßgeblichen Lebensraumtypen und der relevanten Habitate der Arten sind daher stets als relevante Beeinträchtigung zu bewerten.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 4.

64. Umgekehrt muss sich nicht einmal jeder direkte Flächenverlust zwingend als Verschlechterung darstellen, soweit Flächen betroffen sind, die keine Habitate der Arten oder nicht die Lebensraumtypen betreffen, für die die Unterschutzstellung erfolgte. Allein wegen einer Standortdynamik der betroffenen Art ist ein Flächenverlust dagegen nicht als zulässig zu kennzeichnen, da die Festlegung der Gebietsgrenzen und des zugedachten Lebensraums ausgehebelt und die Existenz dieser Habitate negiert würde. Stattdessen ist umgekehrt jeder direkte Flächenverlust der Habitate der maßgeblichen Arten oder relevanten Lebensraumtypen stets als verbotene Verschlechterung einzuordnen. Gleiches gilt für mittelbare Einwirkungen auf derartige Bestandteile des Schutzgebiets, beispielsweise durch die Luft oder das Meerwasser als Medium.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 4.

65. Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL sind alleine erhebliche Einwirkungen auf die Lebensverhältnisse der Arten.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 4.

66. Wirken sich der Lärm der Errichtung und des Betriebs, aber auch Lichtreflexe und der Schattenwurf durch die Rotoren negativ auf das Befinden der Arten aus, erfolgt eine Störung der Arten im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL, die bei einem weiträumigen Meideverhalten auch als erheblich einzustufen ist.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 5.

67. Auch Verschlechterungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL können durch die außerhalb der Schutzgebiete geplanten Anlagen infolge indirekter Einwirkungen durch die Medien Luft und Wasser eintreten, wenn sich der Lebensraum selbst, über Einflüsse im Sinne von Störungen hinausgehend, in seinen Bestandteilen verändert. Praktisch relevant ist dieses Problem vor allem bei in der Nähe zu den Schutzgebieten gelegenen Vorhaben.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 5.

68. Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL verlangt nur, dass die Projekte das Schutzgebiet erheblich beeinträchtigen „könnten". Nicht gefordert wird, dass eine Beeinträchtigung festgestellt wurde. Dieses bringt eine niedrige Prüfschwelle zum Ausdruck, die immer schon dann überwunden ist, wenn anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Projekt das fragliche Gebiet erheblich beeinträchtigt. Der gleiche Maßstab ist auch bei der Beurteilung des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Gebiets als solches nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-RL anzulegen.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 6.

69. Die Zustimmung zu einem Projekt setzt die vorhergehende positive Feststellung voraus, dass das Projekt zu keiner relevanten Beeinträchtigung führt. Dieses ist anhand objektiver Umstände auszuschließen. Die Behörde muss hierüber Gewissheit erlangt haben; bei Unsicherheiten ist die Genehmigung zu versagen. Die Beurteilung hat am Maßstab der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu erfolgen. Dieses Verständnis ist auch § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG zugrunde zu legen.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 6. und 7.

70. In dieser Hinsicht weisen verschiedene Genehmigungsbescheide zumindest textlich ungenaue Formulierungen auf.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 7.

71. Für die in beträchtlicher Entfernung zu den Schutzgebieten gelegenen Windparks kommt in Betracht, dass eine erhebliche Beeinträchtigung bereits auf der Ebene der Vorprüfung abgelehnt werden kann. Eine Verschärfung der Situation durch einen verstärkten Ausbau der Nutzung des Meeres zur Windenergieerzeugung ist jedoch denkbar. Hinsichtlich der Meeressäuger ist die Prüfschwelle dessen ungeachtet regelmäßig als überwunden angesehen worden.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 8.

72. Die Diskussion um Erheblichkeitsschwellen bzw. Reaktions- und Belastungsschwellen ist darauf gerichtet, dass nicht jede potenziell nachteilige Entwicklung zugleich eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele oder des Gebiets als solches darstellt, sondern mit Rücksicht auf die spezifischen Empfindlichkeiten der Arten und Lebensräume erst ab einer gewissen Grenze eine Betroffenheit besteht. Das eigentliche Problem derartiger Annahmen ist jedoch bereits, dass für derartige standardisierte Werte zumindest derzeit noch kein hinreichend belastbarer naturwissenschaftlicher Kenntnisstand besteht.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., a), (1)
73. Auch durch die Festsetzung etwaiger Schwellenwerte darf der Schutzstandard des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL nicht unterlaufen werden.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., a), (2)
74. Bagatellen sind absolut unwesentliche Beeinträchtigungen. Das BVerwG zeigt sich tendenziell gegenüber der Anerkennung von entsprechenden Schwellenwerten wegen des dem heutigen Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 EUV zu entnehmenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgeschlossen. Es verkennt hiermit, dass durch dieses Vorgehen eine Beeinträchtigung gerade deshalb verneint wird, weil sie droht und man dieses Ergebnis aber aufgrund eigener Wertungen nicht hinnehmen möchte. Für ein solches Vorgehen besteht jedoch kein Raum mehr, da Art. 6 Abs. 4 FFH-RL diesen Schwierigkeiten bereits begegnet.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., a), (3)
75. Im Rahmen der Genehmigung von Offshore-Windparkprojekten sind verschiedene schadensbegrenzende Maßnahmen in Betracht zu ziehen, durch die sich Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele oder des Gebiets als solches vermeiden lassen. Derartige Schutzmaßnahmen sind schon auf Ebene der Verträglichkeitsprüfung zu berücksichtigen. Die festzusetzenden schadensbegrenzenden Maßnahmen müssen erhebliche Beeinträchtigungen „nachweislich wirksam verhindern".
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., b)
76. In ständiger Genehmigungspraxis wird den Ergebnissen der Verträglichkeitsprüfung durch Veränderungen des Genehmigungsgegenstandes oder der Beigabe entsprechender Nebenbestimmungen Rechnung getragen. Aufgrund der koordinierten Festsetzung entsprechender Nebenbestimmungen bei zueinander in räumlichem Bezug stehenden Windparks wird auch kumulativen Auswirkungen der verschiedenen Windparkprojekte vorgebeugt.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., b), (1)
77. Die abschließende Rechtsgrundlage für die Verbindung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit Nebenbestimmungen enthält § 12 BImSchG. Die Verlagerung der Verträglichkeitsprüfung in den Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Vorbescheide nach § 9 BImSchG führt

in höchst umstrittene Problemfelder zur Zulässigkeit der Beigabe von Nebenbestimmungen zum Vorbescheid.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., b), (2)

78. Sowohl für den Bereich der AWZ als auch des niedersächsischen Küstenmeeres wurden einige der von naturwissenschaftlicher Seite allgemein befürworteten Maßnahmen zur Abwendung von Auswirkungen auf die Meeresumwelt aufgegriffen.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., b), (3) und (5)

79. Die Aufnahme von Monitoringpflichten ist für die Abwendung einer erheblichen Beeinträchtigung im Sinne des § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG nicht hinreichend. Erforderlich ist auch die Anordnung von „Hilfs"-Maßnahmen für den Fall erwartungswidriger Entwicklungen. Dieses gilt jedoch nur, wenn der Ausschluss einer erheblichen Beeinträchtigung auch auf der Grundlage erfolgte, dass entsprechende Überwachungspflichten bestehen.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., b), (4)

80. Die im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung zu gewinnende Gewissheit erfordert nur den Ausschluss vernünftiger Zweifel. Der Einwand, dass die verlangte Beurteilung wegen des weitgehenden Fehlens wissenschaftlicher Erkenntnisse unmöglich sei, ist dadurch zu entkräften, dass bei der Ermittlung der Auswirkungen des Projekts unter Rückgriff auf die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zwar objektive Maßstäbe anzulegen sind. Die sich anschließende Bewertung ist jedoch „notwendigerweise" subjektiver Natur; nur insoweit muss Gewissheit bestehen.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., c), (2)

81. Der Gegenbeweis in Form der erforderlichen Überzeugungsbildung kann nur gelingen, wenn die Bewertung anhand objektiver Umstände hinreichend begründbar ist, da anderenfalls Zweifel vorliegen, die das Projekt als unverträglich kennzeichnen. Hierbei darf auch auf Prognosewahrscheinlichkeiten oder Schätzungen und insbesondere Worst-Case-Betrachtungen zurückgegriffen werden, wobei sich der Begründungsaufwand erhöht.
→ dazu 3. Kapitel, B., II., 9., c), (3)

82. Unter den Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung ist ein am Maßstab des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL als unverträglich zu kennzeichnendes Projekt gleichwohl noch zulassungsfähig. Diese Möglichkeit ist vor dem Hintergrund der aufgezeigten hohen Hürden für Genehmigungen von Offshore-Windparks von überragendem Interesse.
→ dazu 3. Kapitel, B., III.

83. Über die Anforderungen an eine Abweichungsentscheidung gem. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, zu der sich in der VRL keine entsprechende Regelung findet, herrscht, nicht zuletzt aufgrund der jahrzehntelangen Verschlep-

pung der Umsetzung und zunächst vorherrschender Auslegungstendenzen zu Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, fortwährende Unsicherheit.
→ dazu 3. Kapitel, B., III.

84. Zu den Voraussetzungen einer Abweichungsentscheidung gehört die Durchführung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung.
→ dazu 3. Kapitel, B., III., 1.

85. Eine Abweichungsentscheidung setzt gem. § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses voraus. Die Art des öffentlichen Belangs ist unerheblich. Die mit der Errichtung und dem eigentlich anvisierten Betrieb der Offshore-Windkraftanlagen vor allem verfolgten privaten Interessen wirtschaftlicher Natur hindern die Annahme eines öffentlichen Interesses nicht, da die Projekte zumindest auch öffentliche Interessen für sich vereinnahmen können. Während die Feststellung eines Überwiegens eine Abwägung erfordert, betont das Abstellen auf den zwingenden Charakter das hierfür erforderliche besondere Gewicht des Grundes.
→ dazu 3. Kapitel, B., III., 2.

86. Gem. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 S. 1 FFH-RL ist bei Bestehen einer Alternativlösung eine Abweichungsentscheidung unzulässig. Erfasst werden nur Alternativen, mit denen sich der Zweck des Projekts ebenso erreichen lässt. Neben Standortalternativen werden auch Durchführungs- bzw. Ausführungsalternativen erfasst. Hat man eine derartige Alternativlösung gefunden, ist gerade im empfindlichen Meeresbereich in Betracht zu ziehen, ob diese ebenfalls zu einer Beeinträchtigung des Natura-2000-Gebiets führt.
→ dazu 3. Kapitel, B., III., 3.

87. Eine sachgerechte Abweichungsprüfung erfordert, dass bis zur Ermittlung etwaiger Alternativlösungen die Feststellung des erhöhten Gewichts des öffentlichen Interesses offengehalten werden muss.
→ dazu 3. Kapitel, B., III., 4.

88. Einen Ausweg bei einer fehlerhaften Verträglichkeitsprüfung bietet im Rahmen der Beurteilung der Abweichungsentscheidung unter Umständen eine „Worst-Case-Betrachtung".
→ dazu 3. Kapitel, B., III., 4.

89. Nach Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL hat „der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen" zu ergreifen, „um sicherzustellen, daß die globale Kohärenz von Natura-2000 geschützt ist". Hierbei handelt es sich um eine Zulassungsvoraussetzung. Nicht jede Beeinträchtigung ist zu kompensieren. „Bagatellbeeinträchtigungen" werden unter Umständen nur Kohärenzmaßnahmen von geringem Umfang erfordern.
→ dazu 3. Kapitel, B., III., 5.

90. § 3a SeeAnlV a.F. sah die Festlegung besonderer Eignungsgebiete vor. In habitatschutzrechtlicher Hinsicht war eine solche Festlegung, wie sie im

Bereich der AWZ in der Nordsee für das Gebiet „Nördlich Borkum" erfolgte, rechtlich und praktisch letztlich weitgehend bedeutungslos. Die Aufhebung der Vorschrift ist daher zu begrüßen.
→ dazu 3. Kapitel, B., VI.

91. Im Jahr 2006 hat der EuGH festgestellt, dass der Projektbegriff in § 10 Abs. 1 Nr. 11 und die Spezialregelung in § 36 für immissionsschutzrechtlich zu genehmigende Anlagen des BNatSchG in der Fassung aus dem Jahr 2002 die Vorgaben der FFH-RL nicht ordnungsgemäß umsetzten. Die Vorbescheide für den Offshore-Windpark „Nordergründe" und den Windpark „Riffgat" umgingen die hiermit verbundenen Schwierigkeiten.
→ dazu 3. Kapitel, B., VII.

92. Gem. § 34 Abs. 1 BNatSchG ist auch für ordnungsgemäß unter Schutz gestellte Vogelschutzgebiete der Verträglichkeitsgrundsatz zu beachten. Bei faktischen Vogelschutzgebieten ist dagegen Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL unmittelbar anzuwenden. Der gewichtigste Unterschied zum Schutzregime der FFH-RL ist die fehlende Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 4 FFH-FL auf faktische Vogelschutzgebiete.
→ dazu 3. Kapitel, C. und D.

Thesen zum 4. Kapitel

93. Die Wirkung des Habitatschutzrechts auf bereits erteilte Genehmigungen ist in Rechtsprechung und Literatur weitgehend ungeklärt.
→ dazu 4. Kapitel, A.

94. Die Verletzung der in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL geregelten Handlungs- und Unterlassungspflichten des Sekundärrechts durch Mitgliedstaaten sind Standardbeispiele einer Vertragsverletzung. Ein Verstoß ist auch bei einer Verfehlung der gestellten Anforderungen anzunehmen, und zwar selbst dann, wenn der Mitgliedstaat seinerzeit mit einer gewichtigen Strömung in Rechtsprechung oder Literatur Art. 6 Abs. 3 FFH-RL falsch interpretierte.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 2.

95. Soweit der Mitgliedstaat dem Prüfprogramm des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL entsprochen hat, scheidet auch bei Nichteintritt seiner Einschätzung das Vorliegen eines Vertragsverstoßes aus. In diesem Fall ist einem gegebenenfalls gleichwohl zu Tage tretenden Schutzbedürfnis des Gebiets durch eine Anwendung der Auffangregelung in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL Sorge zu tragen, wie es der Gerichtshof in der Rs. C-127/02 befürwortet hat.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 3.

96. Hat der Mitgliedstaat dagegen keine oder eine nicht ordnungsgemäße Verträglichkeitsprüfung durchgeführt, trifft ihn grundsätzlich die vom

EuGH in der Rs. C-201/02 betonte Pflicht zur Beseitigung der rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes. Gleiches gilt auch, wenn eine fehlerhafte Abweichungsentscheidung getroffen wurde.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 3.

97. Ungeachtet des Vorliegens einer bestandskräftigen Genehmigung ist nach den Erkenntnissen des EuGH in der Rs. C-226/08 das Prüfprogramm des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL grundsätzlich einzuhalten. Dieser Ansatz ist auf die ebenfalls im Grundsatz der Unionstreue wurzelnde Konstellation einer Folgenbeseitigungspflicht aufgrund eines Vertragsverstoßes zu übertragen.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 4., a)

98. Rechtswidrige Folge einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung bzw. einer Verkennung der Beeinträchtigung des Gebiets als solches sind eine dem Unionsrecht widersprechende Genehmigung und ein Projekt, für das das Prüfprogramm nicht ordnungsgemäß abgearbeitet wurde. Angesichts der erforderlichen Überzeugungsbildung am Maßstab der Gewissheit und der zwingend vorgeschriebenen Versagung jeder Genehmigung im Übrigen ist die rechtswidrige Folge auch stets erheblich.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 4., b) und c)

99. Soweit ein Projekt nicht weiter verfolgt wird und auch die Genehmigung aufgehoben wird, entfallen die rechtswidrigen Folgen des Vertragsverstoßes.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 4., d)

100. Die erneuten Prüfpflichten bei einem Festhalten an dem Projekt sind unmittelbar Ausdruck der Folgenbeseitigungspflicht des Mitgliedstaates. Da die Unionsrechtswidrigkeit der Genehmigung entfällt, wenn sich das Projekt im Rahmen der nachgeholten Prüfung als verträglich erwiesen hat, genügt es zunächst, wenn hierzu nur eine Aussetzung statt einer Aufhebung der Genehmigung erfolgt. Stellt sich im Rahmen der nachgeholten Prüfung dann die Unverträglichkeit des Projekts heraus, ist die Genehmigung endgültig zurückzunehmen, da mit diesem Ergebnis dem Mitgliedstaat eine Genehmigung des Projekts endgültig verwehrt ist.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 4., d)

101. Leidet dagegen ausschließlich die Abweichungsentscheidung an einem Fehler, ist zu bedenken, ob dieser Mangel durch eine Nachbesserung behoben werden kann. Besteht eine derartige Möglichkeit nicht, verbleibt nur die Möglichkeit, die Genehmigung dauerhaft aufzuheben.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 4., f)

102. Den verschiedenen Phasen eines Offshore-Windkraftvorhabens ist jeweils Projektqualität zuzusprechen. Dieses sind insbesondere der Errichtungsvorgang, das Vorhandensein der Anlagen sowie der Weiterbetrieb der Anlagen.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 5.

103. Eine Pflicht zum Ergreifen weiterer Maßnahmen, über die Pflicht zur Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung hinaus, kann aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL folgen.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 8.

104. Die Pflicht zur Nachholung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung besteht nicht, wenn sich das Projekt schon als geeignet erwiesen hat, Verschlechterungen oder Störungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL hervorzurufen, da bereits Klarheit besteht, dass das Projekt unverträglich ist. Etwaige Maßnahmen sind daher in diesem Fall allein auf der Grundlage der in Art. 6 Abs. 2 FFH-RL geregelten Verpflichtung zu ergreifen. Soweit jedoch Verschlechterungen oder Störungen durch schadensverhindernde oder -begrenzende Maßnahmen abgewendet werden sollen und das Projekt derart verändert weiterverfolgt wird, verbleibt es bei der Verpflichtung zur Folgenbeseitigung durch Nachholung der erforderlichen Prüfung.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 8.

105. Art. 6 Abs. 2 FFH-RL kann auch zu einer nachträglichen Prüfpflicht führen, wenn es an Erkenntnissen über die (Un-)Verträglichkeit des Projekts aufgrund einer vormals nicht ordnungsgemäß durchgeführten Verträglichkeitsprüfung mangelt, keine Pflicht zur Nachholung der Prüfung im Übrigen besteht und über die Auswirkungen auch zwischenzeitlich keine hinreichenden Erkenntnisse gewonnen wurden.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 8.

106. Durch die Anwendung eines Worst-Case-Szenarios kann sich unter Umständen bereits auf den ersten Blick, z.B. im Hinblick auf die mitunter sehr großen Entfernungen zu den Schutzgebieten in der Nordsee, die Verträglichkeit des Projekts erschließen.
→ dazu 4. Kapitel, A., IV., 9.

107. Ein grundsätzlicher Vorrang des Vertrauensschutzes oder des Unionsrechts besteht nicht. Der EuGH steht der Gewährung von Vertrauensschutz jedoch tendenziell zurückhaltend gegenüber. Das Spannungsverhältnis zwischen Vertrauensschutz des Einzelnen einerseits und dem Interesse an einer Durchsetzung des Unionsrechts andererseits erfordert eine Abwägung.
→ dazu 4. Kapitel, A., V.

108. Das im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigende Interesse der Union besteht vorliegend in einem effektiven Schutz des Natura-2000-Netzwerks, dessen Funktionalität je nach Schadensintensität gefährdet wird.
→ dazu 4. Kapitel, A., V.

109. Bei einer fehlenden Verträglichkeitsprüfung scheidet ein schutzwürdiges Vertrauen des Genehmigungsinhabers aus. Haben sich die Ergebnisse dagegen als nicht belastbar erwiesen, kann ein Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit der Genehmigung bestehen. Diskutierte Unsicherheiten können diesem im Einzelfall den Boden entziehen.
→ dazu 4. Kapitel, A., V.

110. Auch im Fall der Nachholung einer ordnungsgemäßen Prüfung der Verträglichkeit ist Art. 6 Abs. 4 FFH-RL anwendbar. Aus Wertungsgesichtspunkten ist im Fall des Ergreifens von Maßnahmen aufgrund von Art. 6 Abs. 2 FFH-RL nach den für die Phase nach Genehmigungserteilung ermittelten Prinzipien eine Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ebenfalls zu befürworten, soweit anderenfalls die im Normalfall aus Gründen der Verhältnismäßigkeit für geboten erachtete Ausnahmemöglichkeit dem Projektträger verwehrt würde.
→ dazu 4. Kapitel, A., VI.

111. Potenzielle FFH-Gebiete liegen vor, wenn es nach naturwissenschaftlichen Erkenntnissen frei von Zweifeln ist, dass die Kriterien des Anhangs III (Phase 1) FFH-RL gegeben sind. Den Mitgliedstaat trifft in diesen Gebieten die Pflicht, geeignete Schutzmaßnahmen zur Wahrung der ökologischen Bedeutung zu ergreifen und keine Eingriffe zuzulassen, die die in Anhang III (Phase 1) FFH-RL benannten ökologischen Merkmale des gemeldeten Gebiets ernsthaft beeinträchtigen könnten. Möglich ist insofern auch, vorsichtshalber den Maßstab von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL anzuwenden.
→ dazu 4. Kapitel, B., I.

112. Auch nach der Errichtung einer Gemeinschaftsliste ist die Rechtsfigur auf sog. Anpassungsgebiete nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 S. 4 FFH-RL anzuwenden. Werden diese Anpassungsgebiete sodann in die Gemeinschaftsliste aufgenommen, folgt aus Art. 4 Abs. 5 FFH-RL unmittelbar die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 2 FFH-RL.
→ dazu 4. Kapitel, B., II., 1.

113. Etwaige spätere Maßnahmen an den genehmigten und errichteten Offshore-Windenergieanlagen können als eigenes Projekt im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-RL zu behandeln sein.
→ dazu 4. Kapitel, D.

Thesen zum 5. Kapitel

114. Nach der Anlagenzulassung obliegt es im habitatschutzrechtlichen Zusammenhang allein der Genehmigungs- bzw. Planfeststellungsbehörde, im Rahmen ihrer Befugnisse die Genehmigung bzw. den Planfeststellungsbeschluss zu verändern, einzuschränken oder gar aufzuheben. Dieses erfasst, abgesehen von Situationen unmittelbar drohender Gefahren, aufgrund einer Legalisierungswirkung auch jede mittelbare Berührung des materiellen Gehalts der Genehmigung oder des Planfeststellungsbeschlusses.
→ dazu 5. Kapitel, A.
115. § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verschließt sich seinem Wortlaut nach einer erneuten Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung nicht, soweit für ein Projekt eine neue Zulassung begehrt wird. Dieses kommt letztlich vor allem nach einer Aufhebung der Genehmigung in Betracht. Eine Rücknahme der Genehmigung richtet sich sowohl im Bereich des Küstenmeeres als auch im Bereich der AWZ nach § 48 VwVfG.
→ dazu 5. Kapitel, B., I. und II.
116. Da eine Aufhebung unter Wertungsgesichtspunkten nicht in jedem Fall überzeugt, kommt, neben einer teilweisen Rücknahme, insbesondere auch der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nach § 54 Abs. 1 VwVfG in Betracht. In diesem muss sich der Betreiber des Windparks verpflichten, von der erteilten Erlaubnis bis zum positiven Ergebnis einer Verträglichkeitsprüfung keinen Gebrauch mehr zu machen. Die Erklärung ist mit der Abgabe einer Unterwerfungserklärung nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zu verbinden. Wird auf diese Weise die erforderliche Aussetzung der Genehmigung erreicht, kann nach der Neufassung der SeeAnlV der Mangel durch ein ergänzendes Verfahren nach § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG behoben werden.
→ dazu 5. Kapitel, B., IV.
117. § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verschließt sich einer Ausdehnung auf den Zeitraum nach der Genehmigungserteilung nicht. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung anordnet, dass die Frage des Vorliegens einer erheblichen Beeinträchtigung im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG anhand der Maßgaben des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu ermitteln ist.
→ dazu 5. Kapitel, C., I.
118. Die Regelung in § 33 Abs. 1 S. 2 BNatSchG ist grundsätzlich aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 2 FFH-RL unanwendbar. Im vorliegenden Zusammenhang eröffnet sie jedoch den Weg einer Umsetzung der gebotenen analogen Anwendung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL.
→ dazu 5. Kapitel, C., III.

119. Die von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL sogar losgelöste Befreiungsmöglichkeit nach § 67 Abs. 1 BNatSchG ist selbst unter Berücksichtigung der weiteren Anforderungen des § 67 Abs. 2 S. 1 1. Alt. BNatSchG unter keinem Gesichtspunkt anwendbar.
→ dazu 5. Kapitel, C., III.

120. Zur Umsetzung des Störungs- und Verschlechterungsverbots kann nicht auf § 17 Abs. 1 BImSchG zurückgegriffen werden, da dieser nicht zur Durchsetzung oder Konkretisierung der Pflichten anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ermächtigt. Nachträgliche Maßnahmen der Immissionsschutzbehörde erlauben allerdings die §§ 20, 21 BImSchG sowie § 48 VwVfG. Soweit auch diesbezüglich zunächst die Aufhebung der Genehmigung vorausgesetzt ist und dieses zu Wertungswidersprüchen führt, bietet auch insofern der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags nach § 54 Abs. 1 VwVfG gekoppelt mit der Abgabe einer Unterwerfungserklärung nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO einen Ausweg.
→ dazu 5. Kapitel, D., I.

121. Die Befugnisse des BSH als Anlagenzulassungsbehörde für den Bereich der AWZ hinsichtlich nachträglicher Maßnahmen sind in habitatschutzrechtlicher Hinsicht im Vergleich zur Rechtslage im Küstenmeer deutlich flexibler gestaltet. Neben den in § 16 SeeAnlV vorgesehenen Reaktionsmöglichkeiten sieht § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG überdies die Möglichkeit einer Planergänzung vor. Die Hinzunahme von weiteren Schutzmaßnahmen, wie sie gerade im hier gegebenen naturschutzrechtlichen Zusammenhang gut denkbar erscheint, stellt das Schulbeispiel für eine Planergänzung dar.
→ dazu 5. Kapitel, D., II.

122. Keine Antwort enthält die SeeAnlV auf die Frage, ob und wie auch schon vor der Novellierung erfolgte oder aufgrund der Übergangsregelungen in § 17 Abs. 1 – 3 SeeAnlV noch nach altem Recht zu erteilende Genehmigungen mit nachträglichen Auflagen verbunden bzw. bereits festgesetzte Auflagen geändert oder ergänzt werden dürfen.
→ dazu 5. Kapitel, D., II.

123. Während sich ein Widerruf der Genehmigung im Bereich des Küstenmeeres nach § 21 BImSchG richtet, erfolgt der Widerruf im Bereich der AWZ nach § 49 VwVfG.
→ dazu 5. Kapitel, D., III.

Thesen zum 6. Kapitel

124. Die Genehmigung des Windparks „Butendiek“ erlaubt eine zu vermeidende Verschlechterung der Habitate des Seetauchers. Entsprechende Anstrengungen vorausgesetzt, wird ein Scheitern des Vorhabens jedoch gegebenenfalls durch eine Abweichungsentscheidung nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG abgewendet werden können.
→ dazu 6. Kapitel, A.

Literaturverzeichnis

Ammermann, Kathrin Genehmigungspflichtige Nutzungen in der deutschen Ausschließlichen Wirtschaftszone von Nord- und Ostsee, NuL 2011, S. 431 – 436.

Apfelbacher, Dieter/ Adenauer, Ursula/ Iven, Klaus Das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, NuR 1999, S. 63 – 78.

Baum, Marius Zur Unterschutzstellung von Europäischen Vogelschutzgebieten nach dem Urteil des BVerwG zur B 50/Hochmoselübergang, NuR 2005, S. 87 – 91.

Becker, Bernd Das neue Umweltrecht 2010, München 2010; zitiert: Becker, Umweltrecht.

Beier, Arno Die Beeinträchtigung eines FFH-Gebiets als solchem – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 11. April 2013 (Rs. C-258/11), DVBl. 2013, S. 1497 – 1502).

Berkemann, Jörg/ Halama, Günter Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EG, Bonn 2008; zitiert: Berkemann/Halama, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien.

Bickenbach, Christian Europäisches und deutsches Naturschutzrecht in der Bewährung, LKRZ 2008, S. 246 – 251.

Bönker, Christian Windenergieanlagen auf hoher See – Rechtssicherheit für Umwelt und Investoren?, NVwZ 2004, S. 537 – 543.

Bönsel, André/ Hönig, Dietmar Erhöhung der Darlegungslast für FFH-Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsentscheidung durch das BVerwG, NuR 2007, S. 796 – 800.

Brandt, Edmund/ Gaßner, Hartmut Seeanlagenverordnung, Kommentar, Berlin 2002; zitiert: Brandt/Gaßner.

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.) Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Aufl., München 2011; zitiert: Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV.

Czybulka, Detlef Naturschutzrecht im Küstenmeer und in der Ausschließlichen Wirtschaftszone, NuR 1999, S. 562 – 570.

ders. Geltung der FFH-Richtlinie in der Ausschließlichen Wirtschaftszone, NuR 2001, S. 19 – 27.

ders. Meeresschutzgebiete in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ), ZUR 2003, S. 229 – 337.

ders. Rechtliche Anforderungen an die Unterschutzstellung von Natura 2000-Gebieten auf „sonstige Weise“ und die Umsetzung in den Bundesländern, EurUP 2008, S. 181 – 186.

ders. Neuentwicklungen im deutschen Meeresnaturschutzrecht, NuL 2011, S. 418 – 423.

Dahlke, Christian Genehmigungsverfahren von Offshore-Windenergieanlagen nach der Seeanlagenverordnung, NuR 2002, S. 472 – 479.

Dannecker, Marcus/ Kerth, Yvonne Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Offshore-Windenergieanlagen in der deutschen Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ), DVBl. 2009, S. 748 – 753.

dies. Die Verwaltungspraxis des Bundesamts für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) bei der Genehmigung von Offshore-Windparks – Stärken, Schwächen, Reformbedarf, DVBl. 2011, S. 1460 – 1466.

v. Daniels, Gero/ Uibeleisen, Maximilian Offshore-Windkraft und Naturschutz – Anforderungen an Offshore-Windparks in der deutschen AWZ, ZNER 2011, S. 602 – 608.

Danner, Wolfgang/ Theobald, Christian (Hrsg.) Energierecht, Kommentar, Band 4, München, Losebl. (Stand September 2013); zitiert: Bearbeiter, in: Danner/ Theobald, Energierecht.

v. Danwitz, Thomas Aktuelle Fragen der Grundrechte, des Umwelt- und Rechtsschutzes in der Europäischen Union, DVBl. 2008, S. 537 – 546.

Dietlein, Johannes/ Thiel, Markus Altes und Neues zum Vorbescheid, Rechtsfragen des immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides in gestuften Anlagenzulassungsverfahren, Die Verwaltung, Band 38 (2005), S. 211 – 242.

Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Band III (Artikel 83 – 146), 2. Aufl., Tübingen 2008; zitiert: Bearbeiter, in: Dreier, Grundgesetz, Band III.

Ehlers, Peter Grundgesetz und Meer, NordÖR 2003, S. 385 – 391.

Ell, Marcus/ Heugel, Michael Geschützte Meeresflächen im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone von Nord- und Ostsee, NuR 2007, S. 315 – 326.

Epiney, Astrid Vogel- und Habitatschutz in der EU, UPR 1997, S. 303 – 309.

dies. Gemeinschaftsrecht und Verbands-klage, NVwZ 1999, S. 485 – 495.

dies. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2006, NVwZ 2010, S. 1012 – 1023.

Erbguth, Wilfried/ Stollmann, Frank Planungs- und genehmigungsrechtliche Aspekte der Aufstellung von Offshore-Windenergieanlagen, DVBl. 1995, S. 1270 – 1278.

Erbguth, Wilfried/ Schubert, Mathias Zur Vereinbarkeit bestehender öffentlicher Anlagen in (potenziellen) FFH-Gebieten mit europäischem Habitatschutzrecht – Am Beispiel eines gemeindeeigenen Parkplatzes, DVBl. 2006, S. 591 – 598.

Erbguth, Wilfried Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2014; zitiert: Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht.

Fehling, Michael/ Kastner, Berthold/ Störmer, Rainer (Hrsg.) Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013; zitiert: Hk-VerwR/Bearbeiter.

Feldhaus, Gerhard (Hrsg.) Bundesimmissionsschutzrecht, Kommentar, Band 1, Teil 1, Heidelberg u.a., Losebl. (Stand November 2013); zitiert: Bearbeiter, in: Feldhaus, BImSchG, Band 1, Teil 1.

Fisahn, Andreas/ Cremer, Wolfram Ausweisungspflicht und Schutzregime nach Fauna-Flora-Habitat und der Vogelschutzrichtlinie, NuR 1997, S. 268 – 276.

Fischer-Hüftle, Peter Zur Umsetzung der FFH-Richtlinie in das Bundes- und Landesnaturschutzrecht, ZUR 1999, S. 66 – 72.

ders. Zur Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet „Naturschutz und Landschaftspflege“ nach der Föderalismusreform, NuR 2007, S. 78 – 85.

ders. Der Gebietsschutz im Umweltgesetzbuch III (Naturschutz und Landschaftspflege), NuR 2008, S. 213 – 220.

ders. Zur Zulassung eines Projekts im Verfahren nach § 34 BNatSchG und/oder durch Befreiung von Schutzvorschriften, NuR 2010, S. 34 – 36.

Frenz, Walter Konkreter Reformbedarf der Natura-2000-Richtlinien, UPR 2009, S. 5 – 11.

ders. FFH-relevante Projekte im Spiegel aktueller Judikatur, NVwZ 2011, S. 275 – 277.

Frenz, Walter/ Müggenborg, Hans-Jürgen (Hrsg.) Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, Berlin 2011; zitiert: Bearbeiter, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG.

Freytag, Christoph/ Iven, Klaus Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den nationalen Habitatschutz, NuR 1995, S. 109 – 117.

Füßer, Klaus Aktuelle Probleme der FFH- und der Vogelschutz-Richtlinie, dargestellt am Beispiel des Streits über das sog. Emssperrwerk, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Flughafenplanung, Planfeststellungsverfahren, Anforderungen an die Planungsentscheidung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 149, Berlin 2002, S. 407 – 443; zitiert: Füßer, in: Ziekow, Flughafenplanung.

ders. „Faktische Vogelschutzgebiete" und der Übergang auf die FFH-Verträglichkeitsprüfung gem. Art. 7 FFH – Diskussionsstand nach der Rechtsprechung des EuGH und dem B 50/Hochmoselquerungs-Urteil des BVerwG, NVwZ 2005, S. 144 – 148.

ders. Die Errichtung des Netzes NATURA 2000 und die FFH-Verträglichkeitsprüfung: Interpretationsspielräume, -probleme und Entwicklungstendenzen, ZUR 2005, S. 458 – 466.

ders. Abschied von den „potenziellen FFH-Gebieten"? – Die Rechtsprechung des BVerwG im Lichte des Dragaggi-Urteils des EuGH, NVwZ 2005, S. 628 – 632.

Gärditz, Klaus Ferdinand Kein Bestandsschutz für rechtmäßig genehmigte Vorhaben im europäischen Naturschutzrecht? – Zu EuGH, Urt. v. 14. 1. 2010 – C-226/08 (Stadt Papenburg/Deutschland), DVBl. 2010, S. 247 – 250.

Gassner, Erich Unterlassene UVP – Umwandlung eines Militärflugplatzes in einen Verkehrsflughafen, NVwZ 2008, S. 1203 – 1205.

Gassner, Erich/ Bendomir-Kahlo, Gabriele/ Schmidt-Räntsch, Annette/ Schmidt-Räntsch, Jürgen Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2003; zitiert: Bearbeiter, in: Gassner/Bendomir-Kahlo/ Schmidt-Räntsch, BNatSchG.

Gassner, Erich/ Heugel, Michael Das neue Naturschutzrecht, München 2010; zitiert: Gassner/Heugel, Naturschutzrecht.

Gebhard, Hugo Auswahl und Management von FFH-Gebieten, NuR 1999, S. 361 – 370.

Gellermann, Martin Rechtsfragen des europäischen Habitatschutzes, NuR 1996, S. 548 – 558.

ders. Das FFH-Regime und die sich daraus ergebenden Umsetzungsverpflichtungen, NVwZ 2001, S. 500 – 506.

ders. Natura 2000. Europäisches Habitatschutzrecht und seine Durchführung in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin u.a. 2001; zitiert: Gellermann, Natura 2000, Seitenzahl.

ders. Recht der natürlichen Lebensgrundlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) – dargestellt am Beispiel der Windkraftnutzung, NuR 2004, S. 75 – 81.

ders. Herzmuschelfischerei im Lichte des Art. 6 FFH-Richtlinie, Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 7.9.2004, NuR 2004, S. 769 – 773.

ders. Der Hochmoselübergang, DVBl. 2004, S. 1198 – 1203.

ders. Natura 2000: Rechtsfragen eines im Aufbau befindlichen Schutzgebietsnetzes, ZUR 2005, S. 581 – 585.

ders. Habitatschutz in der Perspektive des Europäischen Gerichtshofs, NuR 2006, S. 433 – 442.

ders. Hochmoselquerung und europäisches Naturschutzrecht, DVBl. 2008, S. 283 – 291.

ders. Europäischer Gebiets- und Artenschutz in der Rechtsprechung, NuR 2009, S. 8 – 13.

ders. Naturschutzrecht nach der Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes, NVwZ 2010, S. 73 – 79.

Gellermann, Martin/ Schreiber, Matthias Zur „Erheblichkeit" der Beeinträchtigung von Natura-2000-Gebieten und solchen, die es werden wollen, NuR 2003, S. 205 – 213.

Gellermann, Martin/ Stoll, Peter-Tobias/ Czybulka, Detlef Handbuch des Meeresnaturschutzrechts in der Nord- und Ostsee, Heidelberg u.a. 2012; zitiert: Bearbeiter, in: Gellermann/Stoll/Czybulka, Handbuch des Meeresnaturschutzrechts.

Gellermann, Martin/ Stoll, Peter-Tobias/ Schwarz, Kyrill-Alexander/ Wolf, Rainer Nutzungsbeschränkungen in geschützten Meeresflächen im Bereich der Ausschließlichen Wirtschaftszone und des Festlandsockels, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz, BfN-Skripten 194, Bonn 2007; zitiert: Gellermann/Stoll/Schwarz/Wolf, Nutzungsbeschränkungen in geschützten Meeresflächen.

Glaser, Andreas Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, EuZW 2010, S. 222 – 227.

Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band I und III, München, Losebl. (Stand September 2013); zitiert: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union.

Groeben, Hans von der/ Schwarze, Jürgen (Hrsg.) Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Aufl., Baden-Baden 2003; zitiert: Bearbeiter, in: v. d. Groeben/Schwarze.

Gros, Rolf Offshore-Windparks in der Nord- und Ostsee, Mainz 2004; zitiert: Gros, Offshore-Windparks.

Günes, Ahmet Die Anforderungen des BVerwG an die FFH-

Mithat/ Fisahn, Andreas Verträglichkeitsprüfung, EurUP 2007, S. 220 – 229.

Günther, Wolfram Die Auswirkungen des EuGH-Urteils C-98/03 zur mangelhaften Umsetzung der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie, EurUP 2006, S. 94 – 100.

Halama, Günter Die FFH-Richtlinie – unmittelbare Auswirkungen auf das Planungs- und Zulassungsrecht, NVwZ 2001, S. 506 – 513.

Hiebenthal, Claas/ Blöcher, Nina/ Krause, Jochen/ Rumohr, Heye Steckbriefe der Lebensraumtypen/Biotope, in: Bundesamt für Naturschutz (Hrsg.), Bedrohte Biodiversität in der deutschen Nord- und Ostsee, Empfindlichkeiten gegenüber anthropogenen Nutzungen und den Effekten des Klimawandels, Bonn, Bad Godesberg 2012, S. 43 – 221; zitiert: Hiebenthal/Blöcher/Krause/Rumohr, in: BfN, Bedrohte Biodiversität.

Hönig, Dietmar Schutzstatus nicht gelisteter FFH-Gebiete, NuR 2007, S. 249 – 252.

Hösch, Ulrich Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura-2000-Gebieten, NuR 2004, S. 348 – 355.

Hornmann, Gerhard Windkraft – Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, NVwZ 2006, S. 969 – 977.

Hübner, Hendrik Offshore-Windenergieanlagen, ZUR 2000, S. 137 – 144.

Ipsen, Knut Völkerrecht, 6. Aufl., München 2010; zitiert: Bearbeiter, in: Ipsen, Völkerrecht.

Iven, Klaus Schutz natürlicher Lebensräume und Gemeinschaftsrecht, NuR 1996, S. 373 – 380.

Jarass, Hans Dieter EG-rechtliche Vorgaben zur Ausweisung und Änderung von Vogelschutzgebieten, NuR 1999, S. 481 – 490.

ders. EG-rechtliche Folgen ausgewiesener und potentieller Vogelschutzgebiete. Zugleich ein Beitrag zum Rechtsregime für FFH-Gebiete, ZUR 2000, S. 183 – 190.

ders. Die Zulässigkeit von Projekten nach FFH-Recht, NuR 2007, S. 371 – 379.

ders. Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2013; zitiert: Jarass, BImSchG.

Jenisch, Uwe Windenergieanlagen im Internationalen Seerecht, ZfB 1996, S. 108 – 131.

Kadelbach, Stefan Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Tübingen 1999.

Kahle, Christian Nationale (Umwelt-)Gesetzgebung in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone am Beispiel der Offshore-Windparks, ZUR 2004, S. 80 – 87.

Kautz, Steffen Das Schutzregime nach der FFH-Richtlinie für Vorschlagsgebiete vor ihrer Aufnahme in die Gemeinschaftsliste, NVwZ 2007, S. 666 – 669.

Klinski, Stefan Rechtliche Probleme der Zulassung von Windkraftanlagen in der "ausschließlichen Wirtschaftszone" (AWZ), Texte des Umweltbundesamtes Nr. 62/01, Berlin 2001; zitiert: Klinski, Rechtliche Probleme der Zulassung von Windkraftanlagen in der "ausschließlichen Wirtschaftszone".

Klooth, Kathrin/ Louis, Hans Walter Der rechtliche Status der Europäischen Vogelschutzgebiete und der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung, NuR 2005, S. 438 – 442.

Knack, Hans Joachim/ Henneke, Hans Günter (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl., Köln 2010; zitiert: Bearbeiter, in: Knack/Henneke, VwVfG.

Koch, Hans-Joachim/ Pache, Eckhard/ Scheuing, Dieter H. (Hrsg.) Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, II. Teil, Köln, Losebl. (Stand Dezember 2013); zitiert: Bearbeiter, in: Koch/Pache/Scheuing, II. Teil.

Köppel, Johann/ Peters, Wolfgang/ Sommer, Stefanie/ Mahlburg, Stefan — Anforderungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung von Offshore-Windenergieanlagen, Endbericht 2003, Band III, Berlin 2003; zitiert: Köppel u.a., Endbericht.

Krause, Jochen/ Wollny-Goerke/ Boller, Frank/ Hauswirth, Mirko/ Heinicke, Kathrin/ Herrmann, Christof/ Körber, Peter/ Narberhaus, Ingo/ Richter-Kemmermann, Anne — Die deutschen Meeresnaturschutzgebiete in Nord- und Ostsee, NuL 2011, S. 397 – 409.

Kremer, Peter — Erhöhte Anforderungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung und nachfolgende Abweichungsentscheidungen – das Urteil des BVerwG zur A 143, ZUR 2007, S. 299 – 304.

Landmann, Robert/ Rohmer, Gustaf (Begr.) — Umweltrecht, Band I – III, Kommentar, hrsg. v. Beckmann, Martin/Durner, Wolfgang/Mann, Thomas/ Röckinghausen, Marc, München, Losebl. (Stand August 2013); zitiert: Bearbeiter, in: Landmann/Rohmer, UmweltR.

Lau, Marcus — Der Biodiversitätsschaden – wie »gefährlich« ist das Umweltschadensrecht wirklich?, ZUR 2009, S. 589 – 596.

ders. — Die Rechtsprechung des BVerwG zum europäischen Naturschutzrecht im Jahr zwei und drei nach seiner Entscheidung zur Westumfahrung Halle, NVwZ 2011, S. 461 – 467.

Legler, Dirk — Die Novelle des EnWG zum Offshore-Ausbau: Alle Hoffnung liegt auf dem „Systemwechsel“, EWeRK 2013, S. 5 – 9.

Louis, Hans Walter Die Gesetzgebungszuständigkeit für Naturschutz und Landschaftspflege nach dem Gesetzentwurf zur Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 340 – 344.

Lucke, Klaus Effekte von Unterwasserschall auf Meeresorganismen – erfassen, vermeiden, minimieren, NuL 2011, S. 447 – 450.

Mann, Thomas Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 544 – 593.

Meitz, Christoph Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.11.2013, Rs. C-72/12, ZUR 2014, S. 36 – 45.

Merck, Thomas Vermeidung und Minimierung anthropogener Belastungen mariner Ökosysteme, NuR 2011, S. 437 – 441.

Mitschang, Stephan/ Wagner, Jörg FFH-Verträglichkeitsprüfung in der Bauleitplanung – planerische und rechtliche Belange, DVBl. 2010, S. 1257 – 1267.

Möckel, Stefan Die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes zum europäischen Gebiets- und Artenschutz – Darstellung und Bewertung, ZUR 2008, S. 57 – 64.

Nebelsieck, Rüdiger Die Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ, Rechtsgutachten, Hamburg 2001; zitiert: Nebelsieck, Rechtsgutachten.

ders. Der Schutz potenzieller FFH-Gebiete nach der „Dragaggi-Entscheidung" des EuGH vom 13.01.2005, NordÖR 2005, S. 235 – 239.

Niederstadt, Frank Die Umsetzung der Flora-Fauna-Habitatrichtlinie durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, NuR 1998, S. 515 – 526.

ders. Leitfaden zur Ausweisung von Schutzgebieten für das Schutzgebietsnetz Natura 2000, Hannover 2006; zitiert: Niederstadt, Leitfaden.

ders. Die Ausweisung von Natura-2000-Gebieten unter Verzicht auf klassische Schutzgebietsverordnungen, NVwZ 2008, S. 126 – 133.

Nordheim, Henning von/ Boedeker, Dieter/ Packeiser, Tim/ Ranft/Susanne Netzwerke von Meeresschutzgebieten im Nordostatlantik und in der Ostsee – Ziele für 2010 erreicht?, NuL 2011, S. 388 – 396.

Palme, Christoph Fehlerheilung im Planfeststellungsverfahren auch bei Verstoß gegen zwingendes Recht?, NVwZ 2006, S. 909 – 912.

Pfeil, Julia/ Töpfer, Frank-Rainer Neuregelungen für die Genehmigung von Offshore-Windkraftanlagen und Leitungssystemen, NordÖR 2011, S. 373 – 378.

Reidt, Olaf Die Konkurrenz im Anlagenzulassungsrecht – Gilt für Industrieanlagen das „Windhundprinzip"?, DVBl. 2009, S. 274 – 282.

Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.) Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band II: Besonderes Umweltrecht (1. Teilband), 2. Aufl., Köln u.a. 2003; zitiert: Bearbeiter, in: Rengeling, EUDUR, Band II (1. Teilband).

Rengeling, Hans-Werner/ Middeke, Andreas/ Gellermann, Martin (Hrsg.) Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2003; zitiert: Bearbeiter, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes.

Reshöft, Jan/ Dreher, Jörg Rechtsprobleme bei der Planung und Errichtung von Offshore-Windparks in der AWZ unter besonderer Berücksichtigung des BNatSchGNeuregG, ZNER 2002, S. 95 – 101.

Rolshoven, Michael Wer zuerst kommt, mahlt zuerst? – Zum Prioritätsprinzip bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen – dargestellt anhand aktueller Windkraftfälle, NVwZ 2006, S. 516 – 523.

Schäfer, Kirsten/Hiebenthal, Claas/ Grundlagen und Erläuterungen für den Gebrauch der Steckbriefe, in: Bundesamt für Naturschutz (Hrsg.), Bedrohte Biodiversität in der deutschen Nord- und Ostsee,

Garilao, Christina/Siebert, Ursula/Narberhaus, Ingo/Bernitt, Ulrike Empfindlichkeiten gegenüber anthropogenen Nutzungen und den Effekten des Klimawandels, Bonn, Bad Godesberg 2012, S. 27 – 41; zitiert: Schäfer/Hiebenthal/Garilao/u.a., in: BfN, Bedrohte Biodiversität.

Scheidler, Alfred Die Eigenüberwachung immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen, NuR 2009, S. 465 – 470.

ders. Windräder in Natura 2000-Gebieten, DVBl. 2012, S. 216 – 221.

Schink, Alexander Auswirkungen der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinien (EG) auf die Bauleitplanung, GewArch 1998, S. 41 – 53.

Schladebach, Marcus Die Auswahl Europäischer Vogelschutzgebiete nach der Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes, LKV 1999, S. 299 – 312.

Schmidt, Jörn/Zeller, Martina Klimawandel in Nord- und Ostsee, in: Bundesamt für Naturschutz (Hrsg.), Bedrohte Biodiversität in der deutschen Nord- und Ostsee, Empfindlichkeiten gegenüber anthropogenen Nutzungen und den Effekten des Klimawandels, Bonn, Bad Godesberg 2012, S. 11 – 26; zitiert: Schmidt/Zeller, in: BfN, Bedrohte Biodiversität.

Schrader, Christian Die Rückholbarkeit von FFH-Gebieten, BWGZ 2007, S. 61 – 65.

Schrödter, Wolfgang Aktuelle Fragen der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie und der Vogelschutz-Richtlinie – dargestellt am Beispiel der Bauleitplanung – Teil I, NdsVBl. 1999, S. 173 – 183.

Schuchardt, Bastian/Bildstein, Tim/Günther, Carmen-Pia/Scholle, Jörg Zur Bedeutung mariner Landschafts- und Biotoptypen in der AWZ von Nord- und Ostsee für den Meeresnaturschutz, NuL 2011, S. 410 – 417.

Schweitzer, Michael Staatsrecht III, 10. Aufl., Heidelberg u.a. 2010; zitiert: Schweitzer.

Siebert, Ursula/ Müller, Sabine/ Gilles, Anita/ Sundermeyer, Janne/ Narberhaus, Ingo — Steckbriefe der Lebensraumtypen/Biotope, in: Bundesamt für Naturschutz (Hrsg.), Bedrohte Biodiversität in der deutschen Nord- und Ostsee, Empfindlichkeiten gegenüber anthropogenen Nutzungen und den Effekten des Klimawandels, Bonn, Bad Godesberg 2012, S. 43 – 221; zitiert: Siebert/Müller/Gilles/u.a., in: BfN, Bedrohte Biodiversität.

Siecke, Martin — Bilanz über 20 Jahre Nationalpark Niedersächsisches Wattenmeer, Frankfurt am Main 2006.

Siems, Thomas — Das UVP-Verfahren: Drittschützende Wirkung oder doch „nur" reines Verfahrensrecht, NuR 2006, S. 359 – 362.

Sobotta, Christoph — Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 6 der Habitatrichtlinie, ZUR 2006, S. 353 – 360.

Spannowsky, Willy — Vorgaben der räumlichen Gesamtplanung für die Ausweisung besonderer Schutzgebiete, in: Jarass, Hans Dieter (Hrsg.), EG-Naturschutzrecht und räumliche Gesamtplanung, Münster 2000, S. 26 – 57; zitiert: Spannowsky, in: Jarass, EG-Naturschutzrecht.

Spieth, Friedrich/ Uibeleisen, Maximilian — Neues Genehmigungsverfahren für Offshore-Windparks, NVwZ 2012, S. 312 – 325.

Steeck, Sebastian/ Lau, Marcus — Das FFH-Screening – Letzte Ausfahrt vor Westumfahrung Halle, NVwZ 2008, S. 854 – 856.

dies. — Die Rechtsprechung des BVerwG zum europäischen Naturschutzrecht im Jahr eins nach seiner Entscheidung zur Westumfahrung Halle, NVwZ 2009, S. 616 – 623.

Stelkens, Paul/ Bonk, Heinz Joachim/ Sachs, Michael (Hrsg.) — Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2014; zitiert: Bearbeiter, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG.

Stoll, Peter-Tobias — Meeresschutz im Küsten- und Offshore-Bereich im Hinblick auf nicht-stoffliche Einflüsse, NuR 1996, S. 666 – 674.

Stollmann, Frank Die Verträglichkeitsprüfung von Projekten und Plänen mit Auswirkungen auf FFH-Gebiete, GewArch 2001, S. 318 – 327.

Storost, Ulrich FFH-Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsentscheidung, DVBl. 2009, S. 673 – 682.

Stüer, Bernhard Habitat- und Vogelschutz in der Fachplanung, DVBl. 2007, S. 416 – 424.

ders. Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.1.2010, Rs. C-226/08, DVBl 2010, S. 242 – 250.

Tettinger, Peter J./ Erbguth, Wilfried/ Mann, Thomas Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Heidelberg u.a. 2012; zitiert: Bearbeiter, in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht.

Thiele, Alexander Europäisches Prozessrecht, Verfahrensrecht vor dem EuGH, München 2007; zitiert: Thiele, Europäisches Prozessrecht.

Thum, Randi Wirksame Unterschutzstellung von Natura-2000-Gebieten, NuR 2006, S. 687 – 693.

Ule, Carl Hermann (Begr.)/ Laubinger, Hans-Werner (Hrsg.)/ Repkewitz, Ulrich (Hrsg.) Bundesimmissionsschutzgesetz, Teil I: Kommentar, Band 1, Köln, Losebl. (Stand Dezember 2013); zitiert: Bearbeiter, in: Ule/Laubinger/Repkewitz, Band I.

Vallendar, Willi Großprojekte und Anforderungen des Europäischen Naturschutzrechts, EurUP 2007, S. 275 – 280.

ders. Europäisches Naturschutzrecht: Die Verbandsklage – Risiken und Nebenwirkungen für Infrastrukturvorhaben, UPR 2008, S. 1 – 7.

Versteyl, Ludger-Anselm/ Mann, Thomas/ Schomerus, Thomas Kreislaufwirtschaftsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2012; zitiert: Bearbeiter, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG.

Wagner, Thomas/ Emmer, Marcus Zum Schutz gemeldeter FFH-Gebiete vor Aufnahme in die Gemeinschaftsliste – Vorgaben der so genannten Dragaggi-Entscheidung des EuGH, NVwZ 2006, S. 422 – 424.

Wegener, Bernhard Ist die Planung noch rational? Europäisches Naturschutzrecht und nationale Infrastrukturentwicklung, ZUR 2010, S. 227 – 235.

Wemdzio, Marcel/ Ramin, Ralf Keine Drittschutzwirkung des § 3 SeeAnlV, NuR 2010, S. 189 – 194.

Wickel, Martin Die Abscheidung und Speicherung von Kohlendioxid (Carbon Capture and Storage) – Eine neue Technik als Herausforderung für das Umweltrecht, ZUR 2011, S. 115 – 120.

Wirths, Volker Gemeinschaftsrechtlicher Habitatschutz und deutsches Immissionsschutzrecht – Zu den Einwirkungen der FFH-Richtlinie auf das deutsche Recht, ZUR 2000, S. 190 – 197.

Wolf, Rainer Rechtsprobleme der Anbindung von Offshore-Windenergieparks in der AWZ an das Netz, ZUR 2004, S. 65 – 74.

ders. Grundfragen der Entwicklung einer Raumordnung für die Ausschließliche Wirtschaftszone, ZUR 2005, S. 176 – 184.

ders. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Belange bei der Umsetzung des FFH-Rechts, ZUR 2005, S. 449 – 458.

Wrase, Joachim Ausnahmen vom FFH-Schutzregime, NuR 2004, S. 356 – 359.

Wustlich, Guido Das Recht der Windenergie im Wandel, ZUR 2007, S. 122 – 130.

Zabel, Lorenz Die Novelle der Seeanlagenverordnung – Auswirkungen auf die Zulassung von Offshore-Windparks und Netzanschlussvorhaben, NordÖR 2013, S. 263 – 268.

Zeiler, Manfred/ Dahlke, Christian/ Nolte, Nico Offshore-Windparks in der ausschließlichen Wirtschaftszone von Nord- und Ostsee, promet 2005, S. 71 – 76.

Bescheide deutscher Behörden

Bezirksregierung Lüneburg Landesplanerische Feststellung zum Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 12.12.2003, Az. 20223/9-28 (unveröffentlicht).

Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie Genehmigung v. 9.11.2001, Offshore-Windpark Testfeld „Alpha Ventus“;

Genehmigung v. 18.12.2002, Offshore-Windpark „Butendiek“;

Genehmigung v. 9.6.2004, Offshore-Windpark „Amrumbank West“;

Genehmigung v. 23.8.2004 Offshore-Windpark „Sandbank 24“;

Genehmigung v. 11.2.2005, Offshore-Windpark „OWP Delta Nordsee 1";

Genehmigung v. 23.8.2005, Offshore-Windpark “Dan Tysk“;

Genehmigung v. 24.5.2006, Offshore-Windpark „Global Tech I“;

Genehmigung v. 5.7.2006, Offshore-Windpark „EnBW Hohe See“;

Genehmigung v. 11.4.2007, Offshore-Windpark „Bard Offshore 1“;

Genehmigung v. 20.12.2007, Offshore-Windpark „EnBW He dreiht“;

Genehmigung v. 13.6.2008 Offshore-Windpark „Borkum West II“;

Genehmigung v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Delta Nordsee 2”;

Genehmigung v. 31.8.2009, Offshore-Windpark „Veja Mate“;

Genehmigung v. 30.12.2011, Offshore-Windpark „Borkum Riffgrund“,

Genehmigung v. 4.4.2012, Offshore-Windpark „Nordsee One“.

Die durch das BSH erteilten Genehmigungen sind unter www.bsh.de abrufbar (zuletzt aufgerufen am 9.5.2014).

Regierungsvertretung Oldenburg — Landesplanerische Feststellung zum Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 9.3.2006, Az. RV OL 1.13-32346/4-2/7 (unveröffentlicht).

Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Oldenburg — Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 15.11.2007, Az. 06-074-01 (z.T. abgedruckt in: Nds. MBl. 2007, S. 1503 f.);

Vorbescheid gem. § 9 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 22.1.2008, Az. 06-101-01 (z.T. abgedruckt in: Nds. MBl. 2008, S. 519 f.);

Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Nordergründe“ v. 31.10.2008, Az. 07-198-01 (unveröffentlicht);

Genehmigung gem. § 4 BImSchG für den Offshore-Windpark „Riffgat“ v. 29.9.2010, Az. 09-135-01 (unveröffentlicht).

Presseartikel und sonstige Quellen:

BioConsult SH/GFNmbH — Offshore-Bürger-Windpark Butendiek, Umweltverträglichkeitsprüfung (UVS), Verträglichkeitsprüfung für potentielle Natura-2000-Gebiete, 2002; abrufbar unter http://bioconsult-sh.de/pdf/zusammenfassung.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

BioConsult SH/Biola Fachgutachten Meeressäuger Untersuchungsgebiet: alpha ventus Auftraggeber: Stiftung Offshore-Windenergie Betrachtungs-zeitraum: Februar – Juni 2008; Januar 2009; abrufbar unter: http://www.bsh.de/de/Meeresnutzung/Wirtschaft/Windparks/StUK3/Fachgutachten_Basisaufnahme_av/alpha_ventus_fg_marine_saeuger_090128.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

Bünder, Helmut Naturschutzamt bremst Offshore-Windstrom, FAZ v. 8.3.2011, S. 13.

Bundesamt für Naturschutz BfN kritisiert fehlerhafte Berichterstattung zur Genehmigung von Offshore Windkraftanlagen, Pressemitteilung v. 15.7.2010, Bonn; abrufbar über die Internetseite: http://www.bfn.de/0401_pressearchiv_2010.html (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

dass. Pressehintergrundinformation, Fakten zu Naturschutz und Offshore-Windparks in der AWZ, Januar 2011, Bonn; abrufbar über die Internetseite: http://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/presse/Fakten-Papier-Januar 2011.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

dass. Konzept für den Schutz der Schweinswale vor Schallbelastungen bei der Errichtung von Offshore-Windparks in der deutschen Nordsee (Schallschutzkonzept), 2013; abrufbar unter: http://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/erneuerbareenergien/Strategie_Positionspapiere/schallschutzkonzept_BMU.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie Bilanzpressekonferenz 2011 v. 11.1.2012, abrufbar unter: http://www.bsh.de/de/Das_BSH/Presse/Pressearchiv/Pressemitteilungen2012/01-2012Pr.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

dass. Standard, Untersuchung der Auswirkungen von Offshore-Windenergieanlagen auf die Meeresumwelt (StUK 4), Hamburg, Rostock 2013; zitiert: StUK.

dass. BSH stellt Ergebnisse aus der ökologischen Begleitforschung im Windpark alpha ventus vor, Pressemitteilung v. 30.10.2013, Berlin.

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.): Strategie der Bundesregierung zur Windenergienutzung auf See, Berlin 2002.

dass. In Schutzgebieten in der Ostsee dürfen keine Windparks gebaut werden, Pressemitteilung v. 21.12.2004, Nr. 361/04, Berlin.

dass. Naturschutzgebiete in Nord- und Ostsee, Pressemitteilung v. 15.9.2005, Nr. 256/05 Berlin.

dass. Erneuerbare Energien in Zahlen, Nationale und Internationale Entwicklung, Berlin 2013; zitiert: BMU, Erneuerbare Energien in Zahlen.

dass. Offshore-Windenergie: natur- und umweltverträglicher Ausbau ist möglich, Pressemitteilung vom 30.10.2013, Nr. 156/13, Berlin.

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Entwurf einer Verordnung über Anlagen seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres, Bonn 2011, abrufbar unter: https://www.bdew.de/internet.nsf/id/8449D464CAF4CA61C1257913004ACAD8/$file/%C3%84nderung%20der%20SeeAnlV%20-%20Konsultationsunterlagen.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

dass. Genehmigungen für Offshore-Windenergieparks werden erleichtert, Pressemitteilung v. 11.1.2012, Nr. 005/2012, Berlin.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Eckpunkte für die Reform des EEG, 21.1.2014, Berlin.

Europäische Kommission Unzureichende Umsetzung der FFH-Richtlinie durch die 2. Novelle zum BNatSchG und das BauGB. Ersuchen der Europäischen Kommission um Stellungnahme der Bundesregierung v. 4.4.2000 – Zeichen SG (2000) D/102823, NuR 2000, S. 625 – 627.

dies. Natura 2000 – Gebietsmanagement. Die Vorgaben des Artikels 6 der Habitatrichtlinie 92/43/EWG, Luxemburg 2000; zitiert: Europäische Kommission, Natura 2000, Gebietsmanagement.

dies. Aufforderungsschreiben im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5117, v. 21.12.2001 (unveröffentlicht).

dies. Mit Gründen versehene Stellungnahme im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5117 v. 4.4.2006 (unveröffentlicht).

dies. Auslegungsleitfaden zu Artikel 6 Absatz 4 der 'Habitat Richtlinie' 92/43/EWG, 2007; zitiert: Europäische Kommission, Leitfaden.

dies. Kommission verwarnt Polen und Bulgarien wegen Versäumnissen im Naturschutzbereich und stellt Verfahren gegen Deutschland ein, Pressemitteilung v. 29.10.2009 (IP/09/1651), Brüssel.

Garthe, Stefan/ Schwemmer, Philipp/ Ludynia, Katrin Abschlussbericht zum F+E-Vorhaben "Verbreitung und Häufigkeit von See- und Küstenvögeln in der niedersächsischen 12-Seemeilen-Zone der Nordsee", Büsum 2004; zitiert: Garthe/Schwemmer/Ludynia, Abschlussbericht zum F+E-Vorhaben.

Kafsack, Hendrik Die Europäische Kommission warnt vor einem Rohstoffmangel, FAZ v. 16.6.2010, S. 11.

Knauer, Sebastian Spargel am Horizont, Der Spiegel 2/2005, 10.1.2005, S. 62 – 63.

Lambrecht, Heiner/ Trautner, Jürgen Fachinformationssystem und Fachkonventionen zur Bestimmung der Erheblichkeit im Rahmen der FFH-VP – Endbericht zum Teil Fachkonventionen, Hannover, Filderstadt Juni 2007, abrufbar unter: http://bfn.de/fileadmin/MDB/images/themen/eingriffsregelung/BfN-FuE_FFH-FKV_Bericht_und_Anhang_Juni_2007.pdf (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

Ministerium für Verkehr, Bau- und Landesentwicklung MV Windenergie Spitze bei Ökostrom in M-V, Pressemitteilung v. 21.9.2010, Nr. 304/10.

Naturschutzbund Deutschland e.V. NABU reicht EU-Beschwerde gegen Offshore-Windpark Butendiek ein, Pressemitteilung v. 27.4.2003, Berlin.

ders. BUND und NABU klagen gegen Nordsee-Windpark Butendiek, Pressemitteilung v. 7.5.2003, Berlin.

ders. NABU und WDCS kritisieren Baupraxis bei Offshore Windkraftanlagen, Pressemitteilung v. 23.3.2010, Berlin.

Niedersächsisches Ministerium für Umwelt und Klimaschutz Landtagsrede von Umweltminister Hans-Heinrich Sander. Antwort auf die Dringliche Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Pressemitteilung v. 28.10.2004, Nr. 113/2004, Hannover.

dass. Wissenschaftler identifizieren Vogellebensräume im Küstenmeer – Planungssicherheit für Windkraftbetreiber, Pressemitteilung v. 8.11.2004, Nr. 120/2004, Hannover.

dass. Landeskabinett stimmt Erweiterung des EU-Vogelschutzgebietes um das „Borkum Riff" zu, Pressemitteilung v. 2.3.2010, Nr. 19/2010, Hannover.

Offshore Forum Windenergie u.a. Verbesserte Rahmenbedingungen für Offshore-Windenergie, Berlin 26.9.2006.

Opitz, Olaf Alle Räder stehen still, Focus, 34/2005, 22.8.2005, S. 36 – 37.

Regierung der Bundesrepublik Deutschland Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 9.7.2001 (unveröffentlicht).

dies. Perspektiven für Deutschland, Unsere Strategie für eine nachhaltige Entwicklung, 2002; zitiert: Nachhaltigkeitsstrategie "Perspektiven für Deutschland". Abrufbar unter: http://www.bmub.bund.de/themen/strategien-bilanzen-gesetze/nachhaltige-entwicklung/strategie-und-umsetzung/nachhaltigkeitsstrategie/ (zuletzt aufgerufen am 9.2.2014).

dies. Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 18.4.2008 (unveröffentlicht).

SRU (Hrsg.) Sondergutachten des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen: Meeresumweltschutz für Nord- und Ostsee, Baden-Baden 2004; zitiert: SRU, Sondergutachten.

The Economist Rueing the waves, v. 4.1.2014, S. 23 – 24.

Umweltstiftung WWF Deutschland Stellungnahme des WWF zu den Natura 2000 Gebietsvorschlägen des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit in der deutschen Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) von Nord- und Ostsee, Bremen 2003.

ders. WWF lehnt Entscheidung für Offshore-Windpark Nordergründe ab, Pressemitteilung v. 17.12.2003, Berlin.

ders. Niedersachsen verbummelt Meeresschutz, Pressemitteilung v. 30.7.04, Berlin.

Wattenrat Was nicht passt wird passend gemacht, Pressemitteilung (November 2004).

ders. EU-Kommission hat Beschwerdeverfahren eingestellt, Pressemitteilung (Oktober 2006).

Die Frage nach dem Schutz von Natura-2000-Gebieten bei Errichtung und Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen verknüpft eines der bedeutendsten Problemfelder des Naturschutzrechts mit der Diskussion um die Windenergienutzung zur See als Kernbaustein der Energiewende. Die vorliegende Dissertation arbeitet zur Beantwortung dieser Fragestellung die relevanten Regelungen heraus und untersucht deren Auswirkungen auf die Genehmigungen von Offshore-Windparks. Im Einzelnen erfolgt unter anderem eine Erörterung der mit der Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen verbundenen Rechtsfragen sowie die Ermittlung und Einordnung der im Meeresbereich entstandenen und unter Schutz gestellten Natura-2000-Gebiete. Einen weiteren Schwerpunkt der Arbeit bildet die Handhabung des auf Art. 6 Abs. 3 der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie zurückzuführenden Schutzreglements für Natura-2000-Gebiete und die Prüfung der Möglichkeit einer Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie. Darüber hinaus wendet sich die Arbeit der Frage zu, inwieweit das Habitatschutzrecht auch für bereits erteilte Genehmigungen für Offshore-Windkraftanlagen von Bedeutung ist und wie entsprechende Pflichten im nationalen Recht zu berücksichtigen sind.



ISBN: 978-3-86395-191-7
ISSN: 2191-4583

Universitätsverlag Göttingen